Disposizioni transitorie di Legg. Stato Civ.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

I.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

PER

GIUSEPPE MADIA

CONSIGLIERE DI CORTE DI APPELLO

e professore pareggiato di Diritto nella Regia Università di Napoli
già professore ordinario di diritto e procedura penale
nella Regia Università di Siena
socio ordinario dell' associazione di mutuo soccorso degli scienziati, ec. ec.

Volume Primo

NAPOLI
GABRIELE SARRACINO, EDITORE
1891

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

NOZIONI PRELIMINARI

Del sistema del diritto civile secondo l'ordine della scienza e quello delle leggi.

§ 1.° Il diritto non debbesi considerare quale accozzamento di precetti disgregati e senza alcun legame, ma invece come insieme di principii immediatamente o mediatamente dedotti da quei veri supremi che stabiliscono l'unità di un'armonica varietà. Insomma egli è d'uopo concepire un organismo in cui ciascun elemento ha un posto stabile ed una funzione determinata. Epperò tutti i diritti privati nelle loro fondamentali attenenze possono ridursi alle tre seguenti categorie:

1. Quelli che determinano il soggetto dei rapporti giuridici, ossia la capacità del diritto privato;
2. Quelli che stabiliscono i modi co' quali si originano e si estinguono i rapporti giuridici; sieno qualunque la loro natura e le loro forme speciali, cioè i principii relativi ai fatti giuridici;
3. Quelli relativi alle conseguenze che derivano dalla violazione cui può andare soggetto un diritto privato qualunque, cioè i principii generali su le azioni.

Seguono quei principii relativi al contenuto, all'origine ed allo svolgimento dei singoli diritti privati e costituiscono la parte speciale del corso; la quale va naturalmente suddivisa in tante serie quanti sono i diritti civili che ai privati possono appartenere. Ora codesti diritti si riducono alle cinque seguenti categorie:

1. Diritto di personalità.
2. Diritto di famiglia.
3. Diritto di possesso e diritti reali.
4. Diritti di obbligazione.
5. Diritto ereditario.

Il diritto di personalità riguarda l'uomo nella sua qualità di essere razionale e libero deputato a cooperare co' suoi simili alla missione comune, conservando però la sua autonomia nella sfera propria della sua attività. Egli è codesto un diritto primitivo, cioè competente all'uomo per effetto della sua propria natura, senza bisogno di alcun fatto speciale. Tutti gli altri diritti lo suppongono come condizione fondamentale, come una potenza che abbisogna di avvenimenti determinati per attuarsi, epperò si addimandano *derivati.*

Nei rapporti giuridici esaminati, l'uomo vi apparisce come individuo vivente nello spazio. Ma egli esiste altresì come membro della umanità alla quale si rannoda mediante associazioni minori, delle quali è fondamentale quella di famiglia, la sola che si rapporti al diritto privato. Di qui una serie di relazioni giuridiche risguardanti il matrimonio, la parentela, la potestà dei genitori e la tutela. Nelle quali relazioni non è a ravvisare tanto i diritti e le obbligazioni reciproche che ne derivano, quanto le loro condizioni fondamentali che costituiscono lo stato di famiglia, cioè la qualità di marito, di moglie, di padre, di figlio, di congiunto, ec.

L'uomo per effetto della sua missione può occupare le cose esteriori per adoprarle direttamente o mediante la sua industria alla soddisfazione dei suoi bisogni. Si origina quindi il possesso, il quale in sè stesso considerato non è che un fatto, ma prende un carattere giuridico, epperò trova la sua garentia nella personalità del possessore che imprime la sua inviolabilità a tutto ciò che si appropria.

Allorquando l'uomo acquista una cosa in un modo giuridicamente riconosciuto ne deriva il diritto di proprietà o il potere più assoluto ed esclusivo che possa immaginarsi su quella. Esso dà al proprietario la facoltà di disporre, come pure di concedere ad altri un potere speciale più o meno limitato su la sua cosa. Di qui i diritti su la cosa altrui che si presentano come frazioni e ad un tempo come restrinzioni della proprietà. I quali, varii secondo le diverse legislazioni, riduconsi nel vigente diritto all'enfiteusi, all'ipoteca ed alle servitù. Il diritto di proprietà e tutti gli altri che ne derivano diconsi *diritti reali*,

Siccome niuno può direttamente produrre quanto è necessario al suo molteplice svolgimento, lo scambio si presenta come una condizione indispensabile perchè l'uomo provvegga ai suoi bisogni. Ma lo scambio può consistere non solo in una prestazione attuale di prodotti, ma altresì in prestazioni future di cose, di opere o di servigi. Di qui i diritti di obbligazione, i quali ripetono la loro principale origine dalle convenzioni degli uomini; ma possono altresì derivare dai delitti o da altre cause speciali. Si presenta da ultimo il diritto ereditario; impercciocchè l'uomo limitato nel tempo, lascia alla sua morte il patrimonio senza soggetto, epperò sorge la necessità di definire chi debba in esso sostituirlo; di qui il diritto ereditario il quale si riferisce non a tutti i diritti del defunto, ma ai soli diritti trasmissibili, cioè ai diritti patrimoniali, esclusi quelli di famiglia, i quali dipendono da condizioni

tutte naturali, epperò strettamente personali ed intrasmessibili. L'eredità adunque in senso obbiettivo comprende i diritti reali ed i diritti di obbligazione; ma non è sotto questo rapporto che costituisce un diritto *sui generis*, bensì nel senso subbiettivo, cioè come diritto ad acquistare i beni del defunto, oppure di continuare quanto ad essi, la sua personalità giuridica.

§ 2.° Il codice civile italiano, non diversamente dei sistemi accettati dalla maggior parte delle legislazioni europee, dopo avere nei prolegomeni sancite alcune regole, piucchè proprie del diritto privato, comuni ad ogni sorta di legge, vedesi ripartito in tre libri, dei quali il primo tratta dei diritti di personalità e di famiglia, il secondo della proprietà e dei diritti reali, ed il terzo dei modi di acquistare la proprietà, tra' quali è compresa la successione di qualsiasi specie prima dei contratti, e che noi nell'ordine scientifico abbiamo in ultimo posto allogata.

Quanto a noi dopo un maturo esame su l'ordinamento da dare a questo nostro lavoro, ed avvertiti dalla non breve esperienza propria nello insegnamento del diritto, siamo venuti nel fermo convincimento di esser cosa poco giovevole allo studio del diritto civile lo abbandonare l'ordine generale della legge, per seguire un novello ordinamento scientifico, su la cui esattezza sono affatto discordi le opinioni dei legisti moderni. D'altronde l'ordinamento del codice civile, già adottato nelle istituzioni di Caio e Giustiniano, è abbastanza logico e connesso da ritenersi non disadatto ad un profondo studio del diritto civile. Crediamo perciò troppo ardita l'affermazione di un recente espositore del diritto, che cioè va osservato tuttavia l'ordinamento della legge, da coloro soltanto che incapaci vedonsi di seguire un sistema prettamente scientifico. E siamo lieti d'altra parte che l'ultimo tra gli espositori del codice civile italiano (1), dividendo le nostre stesse convinzioni al riguardo, senza abbandonare l'ordine generale della legislazione positiva, si è studiato di riordinare ciascuna delle sue ripartizioni in modo più logico e razionale. Noi convinti come siamo della indeclinabile necessità, acchè ogni opera destinata ai primi studii serbi la maggiore possibile chiarezza nella esposizione ed il più facile ordinamento, ci atterremo al medesimo sistema, e dove ci sarà possibile il riordinamento delle speciali dottrine faremo in modo più semplice e comprensivo: così gioveremo ancora alle necessità della pratica, che non sa discostarsi dall'ordinamento tracciato dal legislatore, e che d'altronde è fine e scopo ultimo di qualsiesi trattazione scientifica.

Del diritto in generale, sue specie e fondamento.

§ 3.° La voce diritto dal latino *ius* indica comando, il potere cioè di fare qualche cosa; quindi il composto *iubeo* comandare. Nel senso legale

(1) Il signor *Pacifici Mazzoni*.

la voce diritto ha diversi significati. Astrattamente considerato è il giusto eterno formolato non creato dalle leggi. Considerato quale oggetto di studio è la facoltà di conoscere le leggi e di bene applicarle. Talvolta dinota le leggi stesse prese nel loro insieme, o piuttosto il generale risultamento delle loro disposizioni; talora prendesi a significare le facoltà o prerogative garentite dalle leggi, ed in quest'ultimo senso è correlativa alla parola dovere. Da ultimo la voce diritto presso i Romani importava il luogo stesso ove la giustizia si amministrava, come nella formola: *ambula mecum in ius*.

§ 4.° Il diritto si divide in diritto universale ossia naturale, delle genti, pubblico e privato o civile. Il diritto naturale è quello che considera l'uomo nella società come astrattamente operante. Il diritto delle genti, altrimenti detto internazionale, considera i doveri delle diverse società tra loro, e si divide in pubblico e privato. Appartengono al primo le leggi relative alla repressione dei reati commessi fuori il territorio nazionale, ed al secondo quelle intese a determinare la capacità di succedere degli stranieri. Il diritto civile considera l'uomo messo nella pratica correlazione degli altri esseri a se simili nel cui vicendevole rapporto dee sviluppare per una necessità di natura.

Il diritto pubblico è la collezione delle leggi che regolano i rapporti e gl'interessi di una nazione e degl'individui che la compongono: *Pubblicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet* (1). Esso determina tutto ciò che riguarda il culto della religione, la distribuzione della giustizia, l'amministrazione interna ed esterna: *Publicum ius in sacris*, *sacerdotibus*, *in magistratibus*, *consistit* (2).

Il diritto civile è la prima forma del diritto privato; esso concerne gl'interessi dei cittadini tra loro, porta l'impronta del popolo che l'ha costituito, ed è proprio di una determinata società: *Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis* (3).

§ 5.° Le regole per istabilire i diritti e le obbligazioni si attingono dal fonte della giustizia universale. La giustizia secondo Touillier è la conformità delle nostre azioni e della nostra volontà alla legge. Secondo i Romani: *Iustitia est constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. Essa è interna ed esterna: l'oggetto del diritto è la giustizia esterna; l'oggetto della morale è la giustizia interna.

§ 6.° Il diritto civile è immutabile nel suo principio, mutabile nelle conseguenze, dovendo applicarsi ai bisogni delle società civili. Il fondamento di esso è la natura dell'uomo. Se questi potesse concepirsi tutto spirito la sola morale gli basterebbe per norma, se tutto corpo il solo istinto lo guiderebbe a simiglianza degli esseri bruti, e quindi non avrebbe bisogno nè della morale, nè del diritto.

(1) L. 2. § 2 *de iust. et iure.*
(2) L. 1 § 2 *huic tit.*
(3) *Inst.* 2. *tit.* § 1.

Della legge avvisata in se stessa e nelle sue diverse manifestazioni.

§ 7.° La voce legge dal latino *lex*, nasce da *lego*, cioè *raccolgo*, *unisco*, *metto in fascio*; quindi i derivati *spicilegium*, *aquilex* raccolta di spighe, di *acqua*. La legge quindi nel suo primitivo significato dinotò raccolta, unione di più cose; si adattò poscia agli uomini riuniti in società per indicare i vicendevoli legami da cui sono riuniti come formanti un sol corpo.

Sotto il rapporto legale egli è molto interessante considerare la voce legge. Il Montesquieu la definisce: *I rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose*, ma questa definizipne fu giustamente censurata sì per la sua oscurità, come perchè non distingue di quali rapporti intende parlare: oltrecchè le leggi non sono rapporti, ma a questi subordinate. Il Merlin la chiamò: *Un atto della volontà sovrana che comanda certe cose o le permette sotto date condizioni, o le proibisce sia di una maniera assoluta, sia con delle riserve*. Codesta definizione non risponde alle esigenze di una teorica, poichè fa consistere la legge nella sola volontà umana, nè assegna alcuna condizione per limitarne le possibili deviazioni. Il Delvincourt la disse: *Una regola stabilita dall'autorità cui è debito l'ubbidire*. In questa definizione oltre che si fa consistere la legge nella stessa volontà umana, la quale può essere anche ingiusta, inopportuna e contraria ai bisogni del popolo, vi è anche il difetto di non essere precisata l'autorità competente ad emanar la legge. Secondo Rousseau la legge è la *espressione della volontà generale*: ma cosa è mai codesta volontà generale, da chi e per qual modo viene manifestata e quando sarà legittima?

Affine alla enunciata definizione è quella di un moderno scrittore che la chiama: *La giusta espressione della volontà della Nazione manifestata nelle forme stabilite dalla Costituzione dello Stato per tutto ciò che é soggetto alla sua potestà*. Noi pensiamo che la volontà generale dee aversi in equa considerazione nel formare la legge, ma non può nè deve confondersi con la legge stessa. Il Rogron definì la legge: *Una regola di condotta prescritta da un'autorità, cui si è tenuto di ubbidire;* epperò in siffatta definizione nemmeno s'indica l'autorità competente a formare la legge, si confonde questa con la sentenza, e niun carattere integrale della legge vedesi determinato.

Noi crediamo molto più esatta delle definizioni sopra enunciate quella insegnata dal Romagnosi, che disse essere la legge: *Un comando necessario e notificato di un sovrano riconosciuto, obbligante i membri della società civile su cui presiede, a fare od omettere qualche cosa, onde procurare per quanto si può e nella più equa maniera il loro comune benessere*. Per conoscere la bontà di questa definizione bisogna esaminarne le singole parti.

Si disse la legge un *comando* per significare che l'ufficio del legislatore non è d'insegnare o disputare e nemmeno di consigliare, ma d'im-

porre una data azione od omessione: così ci troviamo di accordo con quei giureconsulti che dividono le leggi in *imperotive e precettive*.

Si disse *necessario* il comando per dinotare che la legge non è un atto di arbitrio o di forza, ma di necessità e di ragione, e che dee farsi quando la necessità la richiede, secondo le esigenze di tal necessità ed entro i limiti della necessità medesima.

Si aggiunse che il comando dee essere *notificato* per ricordare la necessità della pubblicazione della legge pria di esigerne la osservanza.

Si enunciarono *i membri della società civile su cui presiede* per dimostrare che un legislatore non ha impero sul popolo di altro Stato, nè può emanare leggi che in generale estendono la loro efficacia su territorio straniero.

Si soggiunse *a fare od omettere qualche cosa* per dinotare il doppio ufficio della legge di essere quello di comandare una data azione o proibirla.

In fine si disse ad *ottenere nella miglior guisa il comune* benessere della società, per dinotare che le leggi non possono a tutto provvedere; che i legislatori debbono contentarsi di prescrivere le regole soltanto necessarie a tutelare il diritto altrui, senza creare limiti o restrizioni laddove si tratti di cose che possono rimanere sotto l'impero della morale e della religione, che sono i naturali supplementi della civile legislazione.

§ 8.° Si dà luogo alla *legge* allorchè devesi provvedere su punti d'interesse generale.

Si dà luogo al *decreto* in tutti quei casi che riguardano il modo di esecuzione delle leggi, l'applicazione e lo sviluppo dei principii stabiliti nelle medesime: ha luogo pure il decreto per le dispense alla legge, per le provviste di cariche, d'impieghi, per accordare grazie, pensioni e privilegi.

Si dava luogo ai *rescritti* sotto i governi assoluti tutte le volte che bisognava risolvere i dubbi che sorgevano su le leggi, od a spiega dei stessi decreti e regolamenti su' quali era chiesta la sovrana deliberazione. Oggi la interpetrazione autentica delle leggi non può avvenire se non mediante altra legge renduta nelle forme prescritte dallo Statuto (art. 73).

Chiamansi *regolamenti* gli atti dei ministri che sotto forma d'istruzioni prescrivono i dettagli necessarii, sia per la esecuzione delle leggi e decreti, sia per regolare il servizio interno della pubblica amministrazione.

Le *ministeriali* sono le disposizioni dei ministri dirette ad assicurare il pubblico servizio ed il bene della pubblica amministrazione e vanno manifestate con lettere di uffizio ai pubblici funzionarii incaricati della loro esecuzione.

L'effetto dei regi decreti è lo stesso delle leggi, avendo come queste forza imperante per essere atti della suprema potestà, nè può la magistratura dichiararli incostituzionali, eccetto in quegli Stati dove lo

Statuto ciò espressamente consente; salvo se il decreto fosse in manifesta contradizione della legge, nel qual caso la osservanza di questa porterebbe necessariamente la inosservanza di quello.

Le sole ministeriali non essendo atti del potere sovrano, non obbligano i magistrati ad uniformarvisi, rimanendo in libertà dei medesimi di tenerne conto *pro ut de jure*, cioè per quanto sono conformi alla legge.

Da ultimo si riconosce un altro modo con cui il sovrano dà provvedimenti di pubblico interesse, ed è quando senza consultare il Consiglio di Stato, *ex motu proprio* emette qualche risoluzione, come fu presso di noi quella dei 7 aprile 1827 con cui si proibì ai figli, ai fratelli ed alle sorelle, agli zii ed alle zie del re di contrarre matrimonio senza suo permesso.

§ 9.° Nel diritto romano la legge offriva le seguenti manifestazioni: Si dava luogo alla *legge* propriamente detta, la quale avea luogo su la proposizione di un senatore, un console o dittatore. In principio eravi differenza tra *legge* e *plebiscito;* ma con le leggi Orazia Publilia ed Ortenzia ogni differenza fu tolta ed i plebisciti si elevarono al grado di vere leggi. Sotto gl' imperatori si conobbero i *senatoconsulti* che ebbero la stessa forza delle leggi. Sotto il regno di Vespasiano cominciarono le *costituzioni imperiali* (1) che erano emesse dalla sola autorità degl'imperatori: esse erano generali o speciali secondo che risguardavano o tutti i cittadini ovvero i particolari.

Gl'imperatori emanavano ancora i *rescritti*, i *decreti* e gli *editti*. I primi erano le risposte del principe alle domande delle parti od alle relazioni dei pubblici funzionarii. I rescritti prendevano diverso nome secondo le persone dei reclamanti. Dicevansi *annotazioni* e *pernotazioni* allorchè il principe rispondeva alle domande dei cittadini (2); *lettere* od *epistole* quando rispondeva alle relazioni dei magistrati (3): *prammatiche sanzioni* allorchè rispondeva alla relazione di una corporazione, ai cittadini di una provincia, di una università o municipio (4). I rescritti da ultimo avevano il vigore di leggi soltanto in una determinata specie quando l'esposto fosse vero, e senza alcun pregiudizio dei diritti dei terzi (5).

I *decreti* erano sentenze che gl'imperatori profferivano allorchè straordinariamente conoscevano qualche causa tra privati, intese le parti nelle loro difese, cioè o con cognizione di causa, ovvero *de plano*, ossia straordinariamente (6); essi non avevano forza di leggi se non tra le parti (7).

Gli editti da ultimo erano quelle leggi che il principe emanava di

(1) L. 4 5 Dig. de legat.
(2) L. 3 Lig. 1. Rhod. de iactu.
(3) L. 6 § 3 Dig. de offic. procon.
(4) L. 5 e 5 ibid.
(5) L. ult. cod. Si contra ius vel utiliiatem publicam.
(6) L. 3 Dig. de his quae in testam.
(7) L. 2 cod. de legibus et constitut.

suo arbitrio pel comune vantaggio dei popoli e che costituivano il diritto universale, detto altrimenti *leges edictales perpetuae, leges in perpetuum valiturae* (1). Gli editti differivano dai rescritti perchè non provocati da domande delle parti; dai decreti perchè non dirimevano particolari questioni; dai *mandati* poichè codeste specie di disposizioni il principe *motu proprio* le dirigeva a determinate persone, e per lo più ai magistrati provinciali sia per incarico speciale, sia per prescrivere loro delle norme onde amministrare la provincia (2).

§ 10.° In queste nostre provincie meridionali prima della pubblicazione del codice civile francese avvenuta nel 1809 esisteva un cumulo esorbitante di leggi patrie, che era supplemento del diritto romano ossia diritto comune, fatte in secoli diversi, per diversi popoli, differenti di costumi e di forma di governo, scritte in idiomi stranieri, senza alcuna unità di disegno e di principii. Infatti imperavano presso di noi le costituzioni del Regno pubblicate da Ruggiero I e dai due Guglielmi, raccolte sotto Federico II che vi aggiunse le sue; i riti della G. Corte della Vicaria raccolti sotto Giovanna II; le prammatiche pubblicate dai sovrani aragonesi, austriaci e borboni che contenevano anche i privilegi conceduti da diversi principi alla città ed ex Regno di Napoli; i reali dispacci, ossia leggi meno solenni e quasi corrispondenti ai posteriori rescritti, emanati da Carlo III e Ferdinando I; e da ultimo i riti della regia camera. Tutte codeste leggi insieme alle decisioni dei magistrati ed alle opinioni sempre varie dei dottori, rendevano incerta ed arbitraria la patria giureprudenza.

Della pubblicazione della legge.

§ 11.° Nella legge bisogna distinguere tre momenti: quello della sua formazione, della promulgazione e della pubblicazione. La legge si forma sia dietro la iniziativa dei re o dei ministri, sia dei deputati o senatori: e dopo approvata dalle due camere, è presentata al re, il quale vi appone la sua sanzione, e ne ordina la promulgazione (3). Questa si fa dal re con atto contenente il nome di lui, l'approvazione delle due camere legislative, la sanzione data al voto delle camere, il testo della legge e l'ordine che la medesima munita del sigillo dello Stato ed inserita nella raccolta degli atti del governo sia osservata e fatta osservare. La legge porta la firma del re, è controsegnata dal ministro preponente, ed è munita del visto del guardasigilli, che vi appone quello dello Stato. Fin qui vi è legge promulgata, cioè nota al popolo, ma non ancora obbligatoria: essa diviene tale dopo spirato il tempo stabilito per la sua pubblicazione.

§ 12.° Tre sono i metodi più noti circa la pubblicazione delle leggi, cioè il *materiale*, il *successivo* e l'*istantaneo*. Il primo consisteva nel

(1) L. 6, cod. de divers. preced. urb., e 6 cod. de secund. nup.
(2) L. 1, cod. de mand. princip.
(3) Art. 10 e 55 dello Stat. Cost.

fare annunciare la legge al popolo a suono di tromba nei diversi luoghi delle città. In tal modo facevasi dipendere la pubblicazione delle leggi dalla maggiore o minore esattezza degli agenti esecutori, i quali potevano anche per incuria o mal talento ritardarla. Oltreacciò pubblicata variamente nei diversi comuni del regno, si verificava l'inconveniente che i tribunali doveano decidere per taluni paesi con la legge già pubblicata e per altri con la legge preesistente; sicchè il diritto rimaneva incerto per alcun tempo. D'altronde una forma si grossolana di pubblicazione ed imperfetta se potè adoperarsi presso società incipienti ed in tempi di scarso sviluppo intellettivo, non potrebbe certo accettarsi oggidì che il diritto ha assunto in ogni sua manifestazione una forma più logica e razionale.

Il metodo successivo accolto dal codice Napoleone si ritenne ancora dalle nostre leggi civili del 1819. Per esso la legge si promulgava dal re che ne attestava l'esistenza alla nazione, e ne comandava la osservanza. Questa si facea dipendere dalla presunzione legale in cui per ragion delle distanze poteva essere a notizia di ciascun comune. Si dispose quindi: 1° che la pubblicazione si reputava compiuta nel giorno seguente nel comune in cui era stata fatta; 2° nei comuni della stessa provincia altrettanti giorni quante venti miglia intercedevano tra codesti comuni ed il luogo dove si era promulgata; 3° nei capiluoghi delle provincie del regno il dì seguente alla promulgazione con la giunta di altrettanti giorni per quante venti miglia vi erano di distanza dal comune della promulgazione; 4° e finalmente pei comuni delle provincie con l'aumento di tanti giorni per quante venti miglia si enumeravano di distanza dai capoluoghi (art. 1. leg. civ.).

Il metodo istantaneo o sincrono consiste nel lasciare un tempo più o meno lungo dopo la promulgazione della legge, onde questa si ritenga per conosciuta in tutti i luoghi, e quel tempo dicesi delle *vacazioni*. Il solo difetto che può notarsi in questo metodo si è quello che rimanendo ineseguita la legge dopo la sua promulgazione per un certo tempo, i cittadini possono premunirsi contro i suoi effetti. Di vero se una nuova legge diminuisce una data specie di moneta ad un valore inferiore, coloro i quali conoscono la legge promulgata, ma non ancora obbligatoria per non essere decorso il tempo delle vacazioni, cercheranno alienarla a pregiudizio di coloro i quali sono inconsapevoli della nuova legge.

Nondimeno a questo inconveniente può facilmente ovviarsi prescrivendosi in determinati casi un tempo più breve di vacazione; e si avrà sempre il gran vantaggio derivante dal sistema sincrono che la legge si applica ugualmente in tutto lo Stato, e si ovvia anche alle difficoltà che presenta il metodo successivo sul calcolo delle distanze.

Quest'ultimo metodo è stato accettato dal codice italiano, il quale ha stabilito che le leggi promulgate dal re divengono obbligatorie in tutto il regno nel decimo quinto giorno dopo quello della loro pubblicazione; salvo che nella legge promulgata sia altrimenti disposto —

La pubblicazione consiste nella inserzione della legge nella raccolta ufficiale delle leggi e decreti, e nell' annunzio di tale inserzione nella gazzetta ufficiale del Regno (art. 1.). Egli è chiaro che la legge adoperi in cotesto articolo la voce pubblicazione con molta improprietà ed in iscambio di promulgazione, giuste le cose da noi dette di sopra. Infatti la legge s'intende pubblicata, epperò obbligatoria non già quando è annunziata nella gazzetta ufficiale del regno, ma quando è decorso il termine delle vacazioni.

Il tempo dei quindici giorni può essere prolungato nei casi speciali, come avvenne già presso di noi allorchè si pubblicarono il codice civile e gli altri complessi di leggi.

Rispetto ai regii decreti , rescritti e regolamenti , essi divengono obbligatorii dal giorno in cui se n' è data conoscenza alle persone cui riguardano per mezzo della pubblicazione, degli affissi o della notifica fatta dai funzionarii incaricati della loro esecuzione.

§ 13.° Per la pubblicità delle leggi la presunzione essendo dalla legge medesima stabilita non si ammette prova alcuna in contrario. Ciò malgrado potrebbe darsi che alcuni ignorassero e la formazione e la promulgazione delle leggi, ma invano potrebbero opporre la loro non conoscenza : *Leges est idem scire aut debuisse aut potuisse*. Per ovviare all' arbitrio ed alle controversie il legislatore è stato obbligato ad accogliere una presunzione costante, eguale per tutti e che niuna prova in contrario ammette. Il giureconsulto Paolo disse : *Regula est iuri quidem ignorantiam cuique nocere* (1). E Giustiniano soggiunse : *Constitutiones principum neque ignorare quemque, neque dissimulare permittimus* (2). Intanto codesta presunzione aveva limitazioni per le donne (3) pei minori (4) per gl' idioti (5) e pei militari (6).

Oggidì i dottori ammettono una eccezione per gli stranieri che si rendessero rei di delitti di mera creazione politica, ossia quelli che non poggiano sopra una violazione delle leggi naturali, come il porto d'armi e le infrazioni a regolamenti di polizia, ec. In appoggio di questa opinione ricordano il fatto narrato da Cicerone di taluni forestieri che sbattuti dalla tempesta fecero voto di sacrificare nella vicina città un vitello a Diana quante volte fossero giunti sani e salvi. Intanto nella città dove approdarono eravi una legge che comminava la morte a coloro che sacrificavano vittime a quella dea triforme. Epperò i nostri forestieri che avevano eseguito il voto, furono salvati dal supplizio in grazia della loro ignoranza di quella durissima legge di mera creazione politica.

(1) L. 9, Dig de iuris et facti ignor.
(2) L. 12, Cod. eod. tit. e l. 1. Dig. de his qui not. inf.
(3) L. 38, § 4, Dig. ad leg. Jul. de adulteriis.
(4) L. 9, § 2, l. 37 Dig. de minoribus.
(5) L. 7, § 1. Dig. de iurisd.
(6) L. 4, § 15 Dig. de re milit.

Della legge avvisata nella sua interpetrazione.

§ 14.° L'attività diretta allo scopo di fissare nei casi dubbii il significato vero della legge sia per opera dello stesso legislatore, sia dei giureconsulti, sia dei magistrati, dicesi interpetrazione. Di qui le diverse specie di essa in *autentica*, *dottrinale* ed *usuale*.

Taluni antichi legislatori sgomentati dallo abuso che i sofisti faceano della giureprudenza furono contrarii alla interpetrazione delle leggi. Giustiniano seguendo le idee di Cesare proibì sotto pena di falso la interpetrazione delle leggi, e dichiarò di competere l'interpetrazione della legge a colui soltanto che aveva il diritto di farla: *Soli auctoritati Augusti concessum est leges et condere et interpretari.*

Napoleone I non si mostrò meno avverso alla interpetrazione dottrinale delle leggi, quando disse che gl'interpetri sconoscono la legge, la rendono oscura col mescuglio di strane idee, ed hanno l'arte pericolosa di rendere problematico il testo più chiaro, ricavandone dei dubbii e delle questioni: *Ils tuent la loix, ils l'obscurcissent par le mélange d'idées étrangères et que rien ne garantit; ils ont l'art dangereux de rendre problématique le texte le plus clair, et d'en tirer des doutes et des questions.*

Non diversamente l'illustre Cesare Beccaria si manifestò circa la interpetrazione tratta dallo spirito delle leggi. Non vi è cosa più pericolosa, egli disse, di quella massima comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questa è un argine rotto al torrente delle opinioni. Le nostre cognizioni e le nostre idee hanno una reciproca connessione, quanto più sono complicate, tanto più numerose sono le strade che ad essa arrivano e ne partono. Ciascun uomo ha il suo punto di vista; ciascun uomo in differenti tempi ne à uno diverso; lo spirito della legge sarebbe adunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudiee, di una facile o mal sana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre e dalle relazioni del giudice con l'offeso (1).

Nondimeno sarebbe strano il credere che il Beccaria avesse avversato la mercè del riportato ragionamento ogni interpetrazione. Egli rifiutava solo la estensiva in materia penale, o con lui pensava ugualmente il Montesquieu, il Portalis ed il Livingsten. Solo i codici alemanni ammettono la interpetrazione estensiva in materia penale, e l'analogica nei confini dell'analogia legale. Il nostro legislatore invece si attiene alla interpretazione estensiva nelle materie del diritto privato, ed alla restrittiva nelle materie penali, ed in tutte le altre che restringono il libero esercizio degli altrui diritti. Quanto a noi pensiamo che solo nei casi dubbii bisogna interpetrare razionalmente la legge restrittiva dei diritti, ma a solo scopo di mitigare il rigore della legge: *In-*

(1) Delitti e pene.

terpretatione legum poenae molliendae potius quam exasperandae (1).

§ 15.° La interpetrazione autentica nel nostro abolito ordinamento giudiziario avea luogo, allorchè la Corte di Cassazione annullava per la seconda volta ed a camere riunite una sentenza di un tribunale di merito, e la terza Corte lungi di uniformarsi al parere della Cassazione, giudicava conformemente a quello dato dalle precedenti Corti. Allora la Cassazione non poteva provvedere sul terzo ricorso, se non dopo aver provocata la interpetrazione autentica mercè reale rescritto; il quale, come atto della potestà sovrana, facea stato per tutti i casi futuri. Questo sistema fu creduto pericoloso perchè ammetteva l'intervento sovrano in giudizii già pendenti. Si è quindi stabilito oggidì che, ove insorga contrasto tra le Corti di merito e la Cassazione, prevale l'avviso di questa, al quale avviso la terza corte di rinvio dee anche suo malgrado uniformarsi. Questo sistema che certo non va esente da appunti, e che i limiti del nostro lavoro non ci consentono di qui enumerare, deve essere almeno emendato in quella parte in cui si ordina il terzo rinvio alla Corte di merito, con obbligo alla stessa di uniformarsi al parere della Corte di Cassazione anche suo malgrado; poichè ciò ferisce la dignità delle magistrature di merito.

In conseguenza portiamo avviso che la Corte di Cassazione nel caso in esame dee decidere essa stessa la causa, come vedesi permesso in casi analoghi, senza ordinare il rinvio alla terza corte; avvegnachè col sistema vigente la terza Corte di rinvio, da libera estimatrice dei diritti e ragioni dei contendenti, vedesi abbassata a potestà passiva ed esecutrice la decisione di altra magistratura tuttochè autorevole e superiore in ordine gerarchico. In ogni modo è utile avvertire che il punto di diritto deciso dalla Cassazione dietro il conflitto con la Corte di merito, non può avere altro effetto che quello di una interpetrazione usuale da regolare soltanto il caso in disputa, e non già di una interpetrazione autentica ed obbligatoria per tutti i cittadini, la quale spetta al solo potere legislativo giusta abbiamo dinanzi osservato.

Rispetto alla interpetrazione dottrinale le regole stabilito dalla stessa legge si riducono alle seguenti: 1.° Che nell' applicare la legge non di può attribuirle altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse e della intenzione del legislatore; 2.° Qualora una controversia non si possa decidere con una precisa disposizione di legge, si avrà riguardo alle disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe: ove il caso rimanga tuttavia dubbio si deciderà secondo i principii generali del diritto (art. 3) (2). Che le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti e formano eccezioni alle regole generali o ad altre leggi, non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi (art. 4). Affidare ai

(1) L. 42, Dig. de poenis.

(2) Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi; sed quum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita ius dicere debet. L. 12, Cod. de legibus.

giudici il potere d'interpetrare non subordinato alla legge che divieta di estendere i precetti penali, sarebbe stato un concedere loro un arbitrio illimitato. Fu quindi saggio provvedimento il freno sancito nell'art. 4, acciocchè il giudice non passasse da conseguenze a conseguenze, dal simile al dissimile, perdendo di vista il fine della legge per sostituirvi il proprio sentimento: *Consequentiae*, dicea Bacone, *non est consequentia, sed sisti debet intra casus proximos; alioquin labetur paulatim ad dissimilia, et magis valebunt acumina ingeniorum quam auctoritates legum* (1): anche i Romani avevano detto: *Odia sunt restringenda, favores ampliandi* (2).

Oltre codeste regole la dottrina offre le altre qui presso indicate:

Non bisogna determinare il concetto della legge da parole isolate senza raffrontare l'insieme delle altre disposizioni legislative: *Incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*. (3).

Nell'applicazione di una legge oscura si dee preferire il senso più naturale e quello che nell'esecuzione racchiude minori inconvenienti.

Quando la parola ed il pensiero sono concordi, non vi potrà essere luogo ad interpetrazione di alcuna sorta.

Quando la parola è chiara non bisogna deludere la legge col pretesto di ricercarne lo spirito.

Nella interpetrazione estensiva dee valere la regola: *Ubi eadem legis ratio ibi eadem legis dispositio*.

Quando le parole sono oscure bisogna risalire allo spirito della legge, *mens legis*, e spiegarne il concetto anche per mezzo della occasione della legge, *occasio legis*, cioè del fatto che dette luogo alla sua formazione.

Quando una norma vale per un caso determinato o per un tempo designato, bisogna avvalersi dell'argomento a contrario, e non applicarla per circostanze diverse: *Ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

In caso di dubbio deve adottarsi quel significato che non suppone erronea la disposizione legislativa.

Tutte le disposizioni che si allontanano dal diritto comune, come diritti singoli e privilegi, devono interpetrarsi strettamente.

Nel dubbio deve accettarsi la opinione più benigna.

Della legge considerata rispetto al tempo.

§ 16.° Se la legge è una norma regolatrice delle azioni umane, ed a cui deesi obbedire, giusta cosa è che regoli soltanto l'avvenire, senza sconoscere o modificare il passato; di qui il pronunciato che la *legge non dispone se non per l'avvenire*; *essa non ha effetto retroattivo* (art. 2). Questo canone protettore della fortuna, dell'onore e della vita

(1) De inst. univ. seu de Pont. iur. ephor.
(2) L. 17, 18 e 19. Dig. e Legibus.
(3) L. 24, Dig. de legibus.

dei cittadini non era meno riconosciuto nel diritto romano : *Leges et cotitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praesterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore, et adhuc perdentibus negotiis cautum sit* (1).

Se le leggi potessero retroagire non vi sarebbe più nè sicurezza nè libertà, la quale consiste nel diritto di far tutto ciò che la legge non vieta. Egli è impossibil cosa prevedere il futuro, e che potrà essere stimata illecita e dannosa un'azione che oggi non va riconosciuta come tale.

Ciò nonpertanto il principio della irretroattività debb' essere inteso con alcune spiegazioni.

In primo luogo, se una legge sia oscura ed abbia bisogno di essere interpetrata , la legge dichiarativa ed interpretativa non avrà il suo effetto dal giorno della legge interpretata, ma dal dì della formazione della legge. In tal caso il legislatore nulla statuisce di nuovo, ma dichiara soltanto e fissa il senso della legge preesistente. Or dichiarare il senso di una legge che esiste non è formare una legge nuova, ed è agevole il comprendere che la interpetrazione altro non è che la legge stessa spiegata. Ecco perchè i fatti che hanno avuto già luogo sotto l' impero di una legge oscura sono regolati dalla legge posteriormente spiegata dal legislatore; ma i giudicati diffinitivi e le transazioni formate durante il tempo in cui il senso della legge fu diversamente inteso, non possono essere annullati.

Secondamente i diritti acquistati, ma esperibili in prosieguo, ed in virtù di atti irrevocabili non sono colpiti dalle leggi nuove, eccetto il caso in cui il legislatore non abbia espressamente stabilito il contrario, come si è verificato presso di noi nelle leggi *abolitive* di talune istituzioni riconosciute non più consentanee alle condizioni dei tempi, cioè per i feudi, i fedecommessi, i maggiorati, e le servitù d' introspetto a favore delle corporazioni religiose, non che la irredimibilità dei censi, e simili; nei quali casi sarebbe stato poco utile provvedere solo all' avvenire e conservare un passato che formava ostacolo all'affermazione dei novelli principii su la libera trasmissione dei beni, e che costituiva una minaccia permanente alla civiltà futura.

Circa le convenzioni bisogna distinguere, se hanno effetto diretto ed immediato , sono regolate dalla legge del tempo in cui furono fatte, benchè la esecuzione avvenga quando una nuova legge fosse in vigore. Diversamente è poi quando non si tratta di effetti immediati e diretti di un contratto, ma di effetti che si vengono a verificare sotto la legge nuova , poichè in tali casi devono regolarsi con la legge vigente al tempo in cui si sviluppa il patto tendente allo esercizio del diritto.

Circa la forma degli atti è indubitato che conviene attenersi alla legge del tempo in cui furono fatti ; ma laddove la legge nuova li assoggetti ad altri adempimenti conviene uniformarvisi per conservare la loro efficacia.

(1) L. 7, cod. *De legibus*.

Riguardo al modo di procedere bisogna attenersi alla procedura segnata dalla nuova legge, essendo mostruoso osservare due procedimenti diversi in pari tempo, l'uno pei giudizi pendenti e l'altro pei nuovi.

Da ultimo circa i reati si attende alla pena più mite ove esista legge più dura nel tempo in cui il reato si commise. La pena più mite dee applicarsi anche se il giudizio fosse iniziato od innoltrato, ma non del tutto compiuto. Infatti sarebbe rigoroso ed assurdo di infliggere una pena che lo stesso legislatore riconosce come eccessivamente severa e non più necessaria alla repressione del medesimo reato. Del pari se un'azione è cancellata dal ruolo dei reati con legge posteriore alla sua consumazione, cessano tutti gli effetti del procedimento e della condanna (art. 3 cod. pen.).

Per la capacità e lo stato delle persone impera la legge nuova, perchè di diritto pubblico e non privato. Senonchè bisogna sempre rispettare gli atti compiuti tra l' una e l' altra legge. E se vi è fatto proprio, *ius quaesitum* ha imperio la legge vigente al tempo in cui si è fatto luogo al determinato atto.

In ordine alla *quota* disponibile cioè la parte del patrimonio, che la legge permette di trasmettere a qualsivoglia titolo ed a favore di qualsiasi persona, è necessario distinguere se essa si devolve per atti tra vivi o per testamento; nel primo caso riconoscendosi in *ius quaesitum* nel donatario si applica legge esistente all'epoca in cui la donazione ha avuto luogo, e nel secondo ravvisandosi più che un diritto una semplice speranza, deve applicarsi la legge in vigore all'epoca della morte del testatore.

Nelle quistioni di stato bisogna aver riguardo alla legge esistente al tempo della nascita, e per la spettanza dei beni ereditarii quella esistente all'epoca dell'apertura della successione.

Sole le leggi dette abolitive di interesse pubblico, intese ad invalidare istituzioni contrarie agl'interessi generali, come sono state quelle su le enfiteusi, i fedecommessi, i maggiorati, i feudi, ec. le quali distruggendo bene spesso diritti acquistati ed anche speranze future, sono di per se stesse retroattive. Senonchè quando la speranza è prossima a realizzarsi, come pei primi chiamati nelle disposizioni fedecommessarie e nei maggiorati, la legge suole dividere i beni tra il godente attuale ed i primi chiamati, onde attenuare il danno e la ingiustizia di una legge pienamente retroattiva.

Dell' abrogazione e derogazione delle leggi.

§ 17.° Le leggi umane, a differenza delle universali ed immutabili, non essendo destinate alla perpetuità, ma periture come l'uomo, hanno vigore giuridico, finchè un novello riconoscimento autorevole del diritto non sottentri allo antico, e codesto muti in tutto ovvero in parte, per rispondere alle supreme esigenze dei tempi mutati e dei costumi

del popolo. Nel primo caso si ha l'*abrogazione*, nel secondo la semplice *derogazione* delle leggi: *Lex abrogatur dum tollitur: derogatur eidem dum quoddam caput eus aboletur; subrogatur dum aliquid odicitur; abrogatur denique quoties aliquid in ea mutatur* (1).

La rivocazione può essere espressa o tacita. È espressa quando è chiaramente pronunziata dalla legge nuova sia con termini generali, come quando con disposizione formale si annullano tutte le leggi contrarie all'ultimo stabilimento; sia in termini particolari, come quando nominativamente si annullano talune leggi precedenti. È tacita quando la legge nuova contiene disposizioni contrarie alla legge anteriore, senza esprimere che le annulla, ed ha luogo in tal rincontro la massima: *Posteriora derogant priora*. Ha luogo inoltre la tacita abrogazione allorchè l'ordine delle cose per cui era fatta la legge sia cambiato, o perchè le novelle disposizioni sono incompatibili con le precedenti, o perchè la nuova legge regola la intera materia già regolata dalla legge anteriore (art. 5).

§ 18.° L'uso e le consuetudini nelle società incipienti sogliono anche abrogare o derogare alla legge. Le costumanze formavano parte del diritto scritto, quando erano uniformi e costanti; esse acquistavano forza di legge per la tacita volontà di tutti: *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat; aut legem* (2). Oggidì mercè la instituzione del ministero pubblico presso i tribunali e le corti, non che quella della Corte di Cassazione destinata alla esatta applicazione delle leggi, non possono introdursi consuetudtni contrarie alle stesse. Nondimeno vi ha dei casi in cui la legge permette la osservanza degli usi locali, ma in tal rincontro l'uso trova sempre la legge che ne comanda l'osservanza (art. 2, 580 e 582).

Della legge consideraa nella sua forza obbligatoria rispetto al luogo.

§ 19.° Il concetto territoriale della legge è fondato sul principio di nazionalità, ed importa che ogni Stato sia nei confini del suo territorio, organo esclusivo dell'attuazione della giustizia. Comunque un tal principio si fosse manifestato vigoroso nel diritto romano, poichè l'orgoglio di Roma la menave a ritenere inviolabile il suo territorio, pure non riconosceva questo diritto nelle altre nazioni. Egli è però certo che dal principio di sovranità ed indipendenza degli Stati, non può applicarsi che la legge *nazionale*, non già la straniera. Nondimeno la frequente comunicazione dei popoli fra loro ha indotto i legislatori di tenere in determinate circostanze anche conto della legge straniera, e ciò in omaggio alle stesse straniere nazionalità, in quei casi soltanto

(1) Const.
(2) Ulp. frag. l. 3, Heinec. antiq. roman. l. 1, tit. 2, § 9.

in cui la legge straniera non è incompatibile con l'esplicamento libero ed inalterato della sovranità nazionale.

Ma in qual caso può lasciarsi in osservanza la legge straniera, ed il principio della giustizia territoriale dev'essere applicato senz'alcun riguardo alle qualità personali degl'individui?

Egli è d'uopo qui ricordare che all'antico concetto territoriale della legge nel medio evo, apparve il principio della personalità delle leggi, e presso di noi si stabilì doversi applicare varie leggi secondo che la qualità dei litiganti esigeva *prout qualitas litigantium exegerit*. Ciascuno fu sottoposto alla propria legge nazionale in qualunque territorio si fosse trovato. Al sorgere della interpetrazione giuridica venne fuori la distinzione di *statuto personale* e *statuto reale*. Le opinioni dei dottori l'accolsero, ma niun atto legislativo aveva segnato il dominio dell'uno e quello dell'altro. Si disse appartenere al primo le leggi relative allo stato ed alla capacità degl'individui, nonchè ai loro rapporti di famiglia, ed al secondo quelle relative ai beni ed al modo di loro trasmissione. Epperò la dottrina della distinzione degli statuti reali e personali originò una serie di conseguenze viete, difficili e spesso contraddittorie. Nondimeno dagli scrittori più accreditati si ritenne che in somiglianti questioni, non era da perdersi di vista il principio dell'autonomia ed indipendenza degli Stati, e che in ordine alla famiglia, alla proprietà, ed altri diritti reali, se dovea da un lato accordarsi la maggiore libertà ed il rispetto maggiore del diritto nazionale, dall'altro dovevano codesti principii accettarsi senza alterazione dell'ordine pubblico dello Stato dove i beni trovavansi situati. Fu quindi accettato generalmente dalla giurisprudenza europea che per la successione mobiliare dovendosi seguire la *lex domicilii defuncti*, la successione dello straniero doveva intendersi regolata dalla legge del domicilio di lui, e che per le ipoteche e pei modi di trasmissione dei beni stabili, dovesse attendersi la legge del luogo dove erano situati. Egli era codesto lo stato della maggior parte dei sistemi legislativi, prima che il novello codice italiano con savio discernimento e per evitare la incertezza del diritto e le oscillazioni della giurisprudenza in una parte così importante della legislazione, formulando i più veri principii della scienza e del diritto internazionale, venne a sancire arditamente le regole che andremo esaminando.

§ 20.° Si è stabilito che lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono (art. 6). Dicesi *stato* quel posto o quella qualifica che un cittadino occupa nella società, a cui la legge annette taluni diritti. Dicesi *capacità* la potenza di fare taluni atti, come quelli di congiungersi in matrimonio, di fare testamenti, atti tra vivi, ec. Le leggi adunque che regolano lo stato e la capacità delle persone sono quelle che determinano i diritti dei nazionali e degli stranieri.

Per effetto della enunciata disposizione il nazionale andando all'estero dee osservare le leggi che risguardano il suo stato e la sua ca-

pacità, e risentirne tutto il peso ed il vantaggio; e viceversa lo straniero soggiornando tra noi rimane ugualmente obbligato alla osservanza della legge della nazione cui appartiene per rispetto al suo stato e capacità; epperò volendo il nazionale maritarsi in paese straniero dee attendere la età fissata dal diritto nazionale, ed ove fosse incapace a contrattare per effetto di tal principio non riacquisterebbe la sua capacità solo per essersi trasferito in paese estero; giacchè le qualità personali che la legge attribuisce rimangono impresse per guisa su gl'individui da spiegare lo stesso effetto, malgrado qualsiesi accidentale mutazione di luogo; e ciò perchè godendo il cittadino la protezione e tutti i vantaggi delle leggi patrie, non può non essere sottoposto agli obblighi derivati dalle medesime: *Personam sequitur sicut cicatrix in corpore.—Qualitates personales*, dicea Ubero, *certis personis a legibus, aut iudicii impressae sunt, quasi ossibus inhaerentes, ideoque passim eundem habent effectum. Hinc qui in loco domicilii prodigus, maior, aut minor annis, patriae, maritali, vel tutoriae potestati subiicitur, ubique locorum pro tali habetur, isque iuris effectibus gaudet atque subiectus est.*

§ 21.° I beni mobili sono soggetti alla legge della nazione del proprietario; salve le contrarie eccezioni della legge del paese nel quale si trovano (art. 7) presumendosi la volontà di lui, sebbene non espressa, di volersi uniformare alla legge patria. Codesto pronunciato venne fermato dal legislatore italiano dopo che il deputato Mancini fece nella camera elettiva le seguenti osservazioni:

Fra le ragioni di diritto, egli disse, le più accreditate e le meno giustificate vi ha quella che i mobili seguono la persona *mobilia sequuntur personam*. Nei tempi in cui la proprietà mobiliare era ben lieve cosa, quando si poteva dire *mobilium vilis possessio* la finzione si comprendeva, e bene spesso corrispondeva alla realtà; ma tutti veggono che oggidì le condizioni sono mutate. Ai nostri giorni nel mirabile svolgimento della industria, del commercio, dei capitali, la terra e la casa sono un bel nulla a fronte della immensa fortuna mobiliare: può questa a sè rivendicare il merito di costituire nella società moderna e la ricchezza e la proprietà per eccellenza; epperò quelle idee sono un vero anacronismo, quelle teoriche rinnegano e disconoscono i progressi della scienza. Intanto un gravissimo dissidio divide gli scrittori di diritto circa il doversi questa massima seguitare od abbandonare.

Il Savigny in Alemagna, il Marcadè in Francia insorsero contro la medesima qualificandola inammessibile, illogica, priva di ogni fondamento legale; non è scritta dicono in alcun testo di legge; è una finzione arbitraria, un pregiudizio passato in consuetudine. E sostengono che i mobili, come gl'immobili debbono soggiacere alla legge ed alla giurisdizione del luogo dove materialmente si trovano, e che secondo quella legge debbansi dividere in caso di morte del loro proprietario.

Altri vogliono soggetta la fortuna mobiliare alle leggi del luogo del domicilio del proprietario.

« Altri infine alle leggi della nazione di cui sia membro il proprietario, cioè alla stessa legge del suo *statuto personale* che regola lo stato e la capacità di lui; per modo che è indifferente che un Italiano avesse scelto il suo domicilio in Francia, in Inghilterra, in America; se è Italiano, la sua eredità mobiliare sarà divisa secondo le leggi successorie italiane. Questa al certo è la dottrina preferibile, quando siasi adottato il principio di nazionalità, e siasi riposto lo statuto personale di ogni individuo non già nelle leggi del luogo del domicilio, ma in quelle della *propria nazione* o *patria*.

« Or se noi abbiamo fatto plauso al principio posto nel nuovo codice a base di questa materia che è il principio della nazionalità, non dovrà però supplirsi a questa lacuna; e dopo essersi statuito quali sono le leggi che regolano lo stato e la capacità personale, e quali sono le leggi che regolano gl'immobili, non dovrà rompersi il silenzio assoluto che il codice mantiene intorno alle leggi che debbono regolare i mobili, e dichiarare che la stessa legge, la quale regola lo stato e la capacità personale debba reggere benanche la proprietà e la successione mobiliare? (1) »

§ 22.° I beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo dove sono situati (art. 7); e ciò per la necessaria tutela della libertà del commercio e della sicurezza dei diritti dello Stato che esige la piena applicazione della legge territoriale rispetto alla condizione giuridica degli stabili e la niuna inframmettenza di leggi stranieri in tutto ciò che si attiene al libero scambio ed agli oneri di cui possono essere quelli capaci nell'interesse pubblico.

Alla regola enunciata, si fa eccezione se si tratti di successioni legittime e testamentarie, sia quanto all'ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti successorii, e la intrinseca validità delle disposizioni, applicandosi in questi casi la legge nazionale della persona della cui eredità si tratta, di qualunque natura sieno i beni ed in qualunque paese si trovino (art. 8). « Egli era codesto, è detto nella relazione del ministro, di dottrina vivamente disputato tra gli scrittori, e la giureprudenza vi si travagliava intorno con varietà di opinioni e di massime. Prevaleva però il concetto certamente razionale essere il diritto successorio legge essenzialmente di famiglia, e quindi seguace della persona; nè d'altro canto potersi con buon fondamento invocare il principio della sovranità territoriale, avvegnacchè cotal principio non avrebbe azione e competenza legittima a governare quella parte intima e inalienabile di ogni Stato che tiene all'ordinamento del diritto successorio, il che vuol dire al diritto pubblico interno. Aggiungasi che l'applicabilità di codesto principio nuovo va contenuta da' giusti ed insorpassabili confini segnati nel finale art. 12, il quale

(1) Tornata del 17 febbraio 1865.

nettamente sancisce che in niuno caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero e le private convenzioni, potranno derogare alle leggi proibitive del regno concernenti le persone, i beni e gli atti, nè alle leggi risguardanti l'ordine pubblico ed il buon costume. Di che la irrepugnabile conseguenza che non mai e in niun caso leggi straniere concernenti il diritto successorio avrebbero potestà di turbare o incagliare quelle provvisioni legislative che intendessero a regolare i beni e le proprietà territoriali siccome meglio richieggono le alte ragioni del pubblico interesse ».

Le ragioni adunque del disposto dagli art. 7 e 8 del codice civile possono riassumersi alle seguenti: Il patrimonio della persona confondendosi con la persona stessa come mezzo necessario al suo svolgimento, non permette che il totale trasferimento del medesimo avvenga con legge diversa da quella della nazione a cui appartiene; e ciò perchè la trasmissione dei beni a titolo successorio, essendo fondata su la volontà presunta del proprietario, la sola legge nazionale può meglio interpetrarla. D' altronde questo sistema mentre non offende alcun interesse pubblico, altrimenti troverebbe il suo limite naturale nell'art. 12, evita tutti quegl'inconvenienti che nascerebbero dall' applicazione pura e semplice della legge del luogo dove i beni mobili ed immobili sono situati; avvegnachè potendo i medesimi rattrovarsi in territorii diversi, la successione dovrebbe anche con leggi opposte e diverse andar regolata.

Egli è quindi facile il dedurre dalle cose esposte, che oggidì per regolare la successione di qualsivoglia natura sia di mobili sia d' immobili, dee attendersi alla sola legge nazionale del proprietario; mentre pel disposto del nostro diritto anteriore regolavasi rispetto ai mobili con la *lex domicilii* del proprietario, e quanto agli immobili con la legge territoriale del luogo ove erano situati.

Le forme estrinseche degli atti tra vivi e di ultima volontà sono soggette alla *lex loci actus*, od a quella comune alle parti, quando queste si trovino in parità di condizioni sotto l' imperio della stessa legge nazionale (art. 9).

La sostanza e gli effetti delle donazioni e delle disposizioni di ultima volontà si reputano regolati dalla *lex originis* del disponente (detto art. 9) essendo qui applicabili le stesse ragioni dette di sopra per la trasmissione dei beni a titolo di successione.

La sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolate dalla *lex loci actus*, presumendosi la tacita volontà di sottostare alla efficacia di cotesta legge, eccetto che per disposizioni di contraria volontà sieno regolati dalla legge di origine dei contraenti, o se si tratti di contraenti stranieri che appartengono alla stessa nazione, si reputano altresì gli atti regolati dalla loro legge nazionale (det. art. 9).

La competenza e le forme del giudizio sono determinate dalla *lex fori*, non essendo possibile accettare qualsiesi legge straniera che alteri la retta ed uguale amministrazione della giustizia nello Stato (art. 10).

In rapporto ai mezzi di prova debbesi ritenere che vadano soggetti alla legge del luogo dove l'atto venne compiuto, giusta la nota regola *locus regit, actum* trattandosi di volontà sottomessa alle leggi del paese.

Rispetto ai modi di esecuzione degli atti e delle sentenze è la legge del luogo della esecuzione quella che dee regolarne il procedimento; salvo se si tratti di sentenze pronunciate da autorità straniere in materia civile, per la cui esecuzione dee attendersi il giudizio di delibazione da parte dell'autorità giudiziaria del regno, alla quale spetta di esaminare se in quelle siavi cosa contraria all' ordine pubblico od al buon costume (art. 10 e 941 e seg. cod. proc. civ.).

Da ultimo in conformità di quanto abbiamo di sopra osservato si è disposto che non ostante le disposizioni degli art. 8 e 9 in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, o le private disposizioni e convenzioni, possono derogare alle leggi proibitive del regno che concernano le persone i beni e gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l' ordine pubblico ed il buon costume (art. 12).

In conseguenza del divisato principio se la legge straniera riconosce i maggiorati od i fedecommessi, oggidì vietati dalle leggi dello Stato, niuna efficacia potrebbe attribuirsi all'atto o sentenza straniera in virtù della quale se ne reclama il diritto, malgrado il disposto degli art. 8 a 10. Dicasi lo stesso delle private convenzioni in tutto ciò che contengono di contrario all'ordine pubblico od al buon costume. Un padre o marito che rinunciasse alla potestà su' figli o su la moglie, ed un testatore che sancisce la inalienabilità dei beni che trasmette o che sottoponesse il godimento e l'accettazione dei medesimi all' obbligo da parte dell' erede di commettere un omicidio od altra azione immorale, farebbero atti di niuna efficacia giuridica. Invece è data illimitata libertà ai privati di rinunciare a quei beneficii che la legge riconosce nel loro particolare interesse: *Unuscuiusque potest renunciare iure pro se introducto.*

LIBRO PRIMO

Delle persone.

Dell' efficacia della legge rispetto alla condizione delle persone.

§ 23.° La legge quale norma generale di condotta è di sua natura impersonale, ed essendo eminentemente razionale, non tien conto di tutto quello che si appartiene alla natura sensitiva dell' uomo. Di qui discende la regola dell' eguaglianza giuridica innanzi alla legge. La storia intanto ci addimostra dall' un canto che il passato contiene la negazione di siffatto principio, e che dall' altro col progredire della civiltà si progredisce verso il suo trionfo. Infatti, sebbene i Romani avessero sancito in generale che i privilegi non sarebbero stati riconosciuti (*privilegia ne irrogantor*) dall'altro lato con la distinzione del *civis* del *peregrinus* e del *servus* negavano nel modo più reciso la eguaglianza giuridica. Al tempo dei barbari le persone si dividevano in tre stati di *liberi*, di *aldii* e di *servi*. Nel medio evo la schiavitù cedette il posto al *servizio feudale*, e gli uomini furono divisi in *feudatarii* e *vassalli*. I primi erano coloro che avevano ricevuto dal principe un feudo a titolo di baronia: gli uomini compresi nel feudo si chiamavano vassalli. Il feudo potea comprendere uno o più fondi, ed i feudatarii esercitavano giurisdizione più o meno estesa secondo i tempi su le persone e su le cose; quindi godevano di diritti personali e reali. Le concessioni dei feudi esprimevano se si concedevano con giurisdizione o senza, ma per l' ordinario eran conceduti i fondi col mero e misto impero. La giurisdizione consisteva nel dare i baroni i giudici ai vassalli: *Notio quae competit iure magistratus cum facultate decernendi et iudicem dandi*. Il mero impero si diffiniva: *Potestas gladii ad animadvertendum facinorosos homines speciali lege concessa* (1): il misto era detto: *Modica coercitio, quae iurisdictioni cohaeret* (2). I giudici si davano ordinariamente per le materie civili e criminali. Si eccettuavano dalle cause criminali i reati di lesa maestà umana e divina, e di falsità di moneta, la cui cognizione riservavasi al principe in omaggio alla sua suprema potestà.

A queste differenze del regime feudale altre ne furono introdotte

(1) L. 3. Dig. de iurisd.
(2) Det. leg. in fin.

dalla società clericale con le immunità reali e personali, le quali furono fondamento ad ineguaglianze tra' nóbili ed i plebei.

Sconosciuta oggidì la istituzione antinaturale ed antisociale della schiavitù; abolita la feudalità presso di noi fin dall'alba dello scorso secolo; nè più ammesse le immunità a favore degli ecclesiastici, il diritto nuovo segnando il maggior progresso nelle leggi relative allo stato delle persone, fonda le stesse sopra regole inalterabili della più perfetta eguaglianza giuridica.

§ 24.° Chiamasi persona ogni ente capace di addivenire subietto di diritti. Il codice civile si occupa delle persone per quanto si attiene al loro stato ed alla loro capacità. Abbiamo già detto che lo stato è quel posto che un cittadino occupa nella società, ed a cui la legge annette dei diritti; e che la capacità è la potenza di fare taluni atti come di potersi maritare, fare contratti, donazioni tra i vivi o testamenti, ec.

Lo stato dividesi in *pubblico* e *privato*. Lo stato pubblico consiste in una capacità fondata su la natura e su la legge o sopra di entrambe di partecipare agli onori ed all' esercizio delle cariche pubbliche, ad eccezione delle donne che non possono partecipare a certe funzioni proprie degli uomini, malgrado il desiderio espresso oggidì da parecchi di uguagliarne le condizioni. Lo stato privato è quella prerogativa per cui una persona è maggiore o minore, capace od incapace di esercitare i diritti garentiti dalle leggi.

§ 25.° Le persone si distinguono in *naturali* e *giuridiche*. È persona naturale ogni uomo nato vivo e vitale, cioè atto a vivere. È persona giuridica o fittizia quella capace di diritti, e creata dalla legge, la quale può sempre ritirare la concessione se lo crede opportuno nell'interesse generale della società. Delle persone giuridiche alcune sogliono chiamarsi *corporazioni* ed altre *istituti*. Tra le corporazioni sono da allogarsi le provincie, i comuni o municipii, le società in nome collettivo, in accomandita semplice o divisa per azioni, e le società anonime (art. 106 e 107 cod. di com.). Gl' istituti possono essere civili od ecclesiastici. Appartengono alla prima serie le università, i ginnasii o licei, gli ospedali, le confraternite, gli stabilimenti pei poveri, per gli orfani, i monti di pietà; alla seconda le chiese, i vescovadi, i capitoli cattedrali, le parrocchie ed i cimiteri (1). Da ultimo vi sono istituti fondati per ragione di interessi privati, ma riconosciuti come istituzioni di pubblica utilità, come sono le casse di risparmio, le società di mutuo soccorso e di beneficenza.

Al contrario non sono persone giuridiche i diversi corpi dello Stato, sia politici, sia giudiziari od amministrativi, come il senato, la camera dei deputati, il consiglio di Stato, la corte dei conti, le

(1) Alle chiese collegiate, alle cappellanie laicali od ecclesiastiche, ai monasteri ed altri enti morali, col decreto del 17 febbraio 1861 e con le ultime leggi relative alla soppressione delle corporazioni religiose del 7 luglio 1866 e 15 agosto 1867 fu disconosciuta la loro anteriore qualità di enti morali.

corti di cassazione, di appello, i tribunali, le preture, non che i consigli provinciali e comunali.

La costituzione delle persone giuridiche, la loro organizzazione interna ed il modo di amministrare i loro beni non appartengono al diritto civile; ma invece è determinato da codesto diritto la loro capacità, i loro rapporti di privato interesse coi terzi, non che l'esercizio dei loro diritti ed azioni.

La capacità delle persone giuridiche è ristretta ai diritti ed alle obbligazioni concernenti il loro patrimonio. Nondimeno per altissime vedute di pubblico interesse e per la tutela amministrativa stabilita rispetto a talune persone giuridiche, la loro capacità è ristretta o limitata in casi determinati. Così i beni del demanio pubblico sono affatto inalienabili; quelli del patrimonio dello Stato non si possono alienare che in conformità delle leggi (art. 430); i beni patrimoniali delle provincie e dei comuni sono soggetti a leggi speciali in ordine alle forme della loro amministrazione ed alienazione (art. 431); i beni degl'istituti ecclesiastici non si possono alienare senza l'autorizzazione del governo (art. 434); come per l'accettazione delle eredità è necessaria la stessa autorizzazione (art. 932); salva la efficacia di alcune leggi di maggiore restrizione, quali furono presso di noi e nelle provincie toscane quelle dette di ammortizzazione, che sancivano un'incapacità assoluta alle chiese ed agli altri istituti ecclesiastici per gli ulteriori acquisti.

§ 26.° Se la legge ammette le persone morali o giuridiche al godimento degli stessi diritti civili accordati alle persone fisiche, pure un tal godimento rispetto alle prime dee intendersi limitato ai soli diritti patrimoniali, non essendo possibile per esse l'esercizio dei diritti di famiglia. Altra differenza tra la persona fisica e la giuridica si è che la prima soltanto può offrire una piena responsabilità sia civile sia penale nell'abuso dell'esercizio dei diritti; mentre la *universitas* non può essere mai il subietto di un delitto, ma invece gl'individui che la rappresentano; e se costoro non operarono come società, ma per uno scopo diverso, la responsabilità sarà tutta personale per essi. Lo Stato può disconoscere l'esistenza della persona giuridica ove si appalesasse degenerata, o rimutarne la rappresentanza pel supremo diritto di sorveglianza che esercita su di essa; ma fuori di codesto sconoscimento è impossibile altra responsabilità su la persona morale. La responsabilità può essere tutto al più ed in determinati casi tutta civile, quando nell'esercizio dei diritti a sè competenti la rappresentanza della persona giuridica legalmente costituita porti diminuzione all'altrui patrimonio.

Nel diritto romano questo principio fu esattamente osservato. Ulpiano disse che l'accusa poteva aver luogo contro coloro che amministrano la città, non contro la città. *De dolo decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio* (1); e Caio soggiunse: *Singulorum*

(1) L. 15 § 1. Dig. de dolo malo.

proprium est maleficium (1). Alcuni luoghi del diritto romano sembrano accennare a diversa sentenza, ma chi ben li considera li troverà relativi a rifacimento civile, senza trattarsi di reato e di punizione (2).

TITOLO I.

DELLA CITTADINANZA E DEL GODIMENTO DEI DIRITTI CIVILI.

CAPO I.

Del godimento dei diritti civili.

§ 27.° Chiamansi *diritti civili* quelli di carattere esclusivamente privato e di ragione individuale, i quali formano materia esclusiva del diritto privato: tali sono il diritto di patria potestà, di fare o ricevere per donazione e testamento, di fare contratti, di adottare od essere adottato. I diritti civili diversificano dai diritti politici, essendo questi relativi alla partecipazione dei cittadini alle cariche pubbliche dello Stato.

Sonovi inoltre taluni diritti chiamati *sociali*, come quelli di associazione, di libertà di coscienza, di stampa e di libera manifestazione delle proprie opinioni politiche e religiose.

I cittadini godono dei diritti civili senza distinzione di sesso, di età, di condizione sociale, tutti essendo uguali dinanzi alla legge, purchè concepiti e nati vitali: anzi per maggior favore i concepiti si ritengono nati quando si tratta del loro vantaggio: *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur*.

§ 28.° I diritti civili competono ad ogni cittadino, ai corpi morali ed agli stranieri.

Chiamasi godimento dei diritti civili l'attribuzione fatta dei medesimi ad una persona qualunque. L'esercizio poi di cotesti diritti è la facoltà di usare dei medesimi, ovvero il loro uso effettivo. Alcuni hanno il godimento dei diritti civili, come i minori e gl'interdetti, non già l'esercizio dei medesimi, essendo le loro persone rappresentate dai tutori, ed i loro diritti esercitati per mezzo di costoro. Altri poi hanno oltre il godimento, l'esercizio limitato dei loro diritti, come i minori emancipati, le donne maritate e gl'inabilitati per qualsivoglia causa.

§ 29.° Ogni cittadino gode dei diritti civili purchè non ne sia decaduto per condanna penale (art. 1).

Fin da'tempi antichissimi usarono i legislatori di attaccare alle più gravi condanne penali le interdizioni de' diritti civili e politici; i primi nel fine di assicurare la efficacia della punizione; i secondi come conseguenza della niuna fiducia che ispirano i condannati per viepiù partecipare al pubblico potere. Appo i Romani i condannati alla

(1) L. 34 Dig. de iniuriis.
(2) L. 2 § 1. Dig. quod metus causa.

pena di morte, *qui statim et civitatem et libertatem perdebant* veniano privati di tutti i diritti civili; conciossiachè giusta la legge Porzia si addiveniva servo della pena per effetto della condanna. Che anzi i condannati nel capo, non solo non potevano più godere i diritti civili, nè esercitarli dopo la condanna, ma tal fiata lo effetto di questa retroagiva; sicchè i condannati a morte non potevano testare nè ricevere per testamento (1): ciò però durò fino alla caduta dello impero di Occidente, poichè da quest' epoca prevalse nella maggior parte degli Stati di Europa l' uso contrario di non privare come prima della capacità civile il condannato a morte.

Presso di noi in forza di una Costituzione di Federico II i condannati a morte perdevano lo esercizio dei diritti civili. Ma ne'tempi meno a noi lontani, sebbene le opinioni fossero state diverse intorno alla capacità del condannato a morte, pure il Sacro Regio Consiglio in frequenti sue pronunciazioni decise per la fermezza dei testamenti, al riferire del giureconsulto Carlo Antonio de Rosa. Senonchè pei crimini di eresia e di lesa maestà davasi luogo alla confiscazione dei beni. Tale era la nostra giureprudenza ricevuta fino al 1809, allorchè soggiacque alla riforma portata dal diritto francese, pel quale alle condanne di morte ed a vita seguiva inevitabilmente la morte civile; ed era per tal ragione disposto che il condannato perdesse la proprietà dei suoi beni, e che questi, aperta la successione di lui, si devolvessero agli eredi legittimi, come se fosse morto senza testamento (art. 23 e 25 cod. civ. franc.): la morte civile fu soppressa in Francia con la legge del 1854.

Succedute al codice francese le leggi penali dell'anno 1819, queste serbarono silenzio su gli effetti civili della pena di morte, e colpirono di una incapacità quasi assoluta il condannato alla pena dell'ergastolo. In conseguenza grave quistione s'impegnò tra' dotti, onde vedere se potessero estendersi ai condannati a morte le stesse incapacità stabilite contro l' ergastolano, la di cui successione si apriva *ipso iure* con la sentenza di condanna, ed egli reputavasi morto *ab intestato*. Ma lo stesso Nicolini intravide la difficoltà di potersi supplire ad un tale silenzio con estendere una legge restrittiva gli altrui diritti, allorchè disse: *Ella è quistione non lieve il decidere se possano applicarsi gli effetti civili dell' ergastolo alle condanne capitali* (2). Nondimeno la già Corte Suprema di Giustizia di Napoli respingendo le argomentazioni per assurdo che si mettevano in campo, e considerando che trattandosi di perdita di diritti vi bisognava un testo espresso di legge, dichiarò valido il testamento del canonico de Luca condannato a morte con decisione del dì 6 giugno 1835.

Il già codice penale Sardo invece stabiliva che « Le condanne alla pena di morte e dei lavori forzati a vita traggono seco la perdita dei

(1) L. 18 D. qui testam. fac. poss.
(2) Procedura Penale, parte III, vol. III, pag. 58.

diritti politici e di quelli specificati nell' art. 44 del codice civile delle antiche provincie del Regno. L'art. 44 di codesto codice era così espresso: Il condannato alla pena della morte è privato dei seguenti diritti — Perde il possesso e 'l godimento di tutti i suoi beni, e non può disporre in modo veruno della proprietà dei medesimi; — Non può succedere ; — Non può acquistare nè in virtù di donazione tra vivi, nè di testamento, salvo che per causa di alimenti; — Non può disporre nè per donazione tra vivi, nè per atto di ultima volontà dei beni che avesse in seguito acquistati; — Non può esercitare i diritti della patria potestà , nè prestare autorizzazione o consenso agli atti riguardanti gl' interessi di sua moglie ; — Non può essere nominato tutore nè curatore, nè concorrere negli atti relativi alla tutela e cura; — Non può essere testimonio in atto pubblico , nè fare testimonianza giurata;—Non può stare in giudizio nè come attore, nè come reo convenuto , fuorchè sotto il nome e mediante il ministero di un curatore nominato dal giudice della causa.

Eliminate oggidì quelle interdizioni che sconoscevano nell' uomo ogni ombra della sua personalità, le decadenze dei diritti derivanti dalle più gravi condanne penali si riducono a quelle sole necessarie alla piena efficacia della punizione, e che sono enunciate nell'art. 3 della legge transitoria del 30 novembre 1865 così espresso: « Fino alla promulgazione di un codice penale per tutte le provincie del regno, le condanne alle pene di morte, dell'ergastolo e dei lavori forzati a vita, traggono seco la perdita dei diritti politici, della potestà patria e maritale, e la interdizione legale del condannato ».

« L'interdizione legale toglie al condannato la capacità di amministrare i suoi beni , di alienarli , ipotecarli o disporne altrimenti che per testamento. Al condannato interdetto legalmente è nominato un tutore per rappresentarlo ed amministrare i suoi beni nel modo stabilito dal nuovo codice per gl' interdetti giudizialmente. Le disposizioni riguardanti gl' interdetti giudizialmente sono applicabili ai beni del condannato interdetto legalmente; a questo non può essere assegnato che un tenue sussidio a titoli di alimenti.

L'amnistia, l' indulto o la grazia che condona o commuta la pena, fa cessare l'interdizione legale del condannato , eccettochè la commutazione abbia luogo in altra pena alla quale sia congiunta per legge l'interdizione medesima ».

Malgrado i diritti enumerati nell' articolo non è dubbio che anche i condannati alle gravi pene possono contrarre matrimonio civile, tuttochè senza l' esercizio della potestà maritale.

Le altre pene criminali alle quali sono annesse privazioni di diritti sono: 1° quella dei lavori forzati a tempo, la quale trae seco la interdizione legale del condannato durante la espiazione della pena ; al quale è nominato un tutore per agire in suo nome, e per amministrare i suoi beni nelle forme prescritte dalle leggi civili per gl'interdetti: oggi non può dubitarsi che il condannato a' lavori forzati a

tempo possa fare il testamento, che la legge permette ai condannati a pene maggiori; 2° la pena della reclusione porta la stessa interdizione legale.

La condanna ai lavori forzati a tempo porta seco la interdizione dai pubblici uffizi: e lo stesso effetto produce la condanna alla reclusione quando è pronunciata per alcuno dei crimini enunciati nell'art. 23 del codice penale, cioè quelli di grassazione, di estorsioni, di rapine, di furti, di falsificazioni di monete, cedole, obbligazioni dello Stato, carte di pubblico credito equivalenti a moneta, bolli sigilli o scritture, di falsa testimonianza, e di calunnia (art. 21, 22 e 25 cod. pen.)

La stessa condanna alla reclusione e quella di relegazione producono anche la interdizione dai pubblici uffizii negli altri casi dalla legge espressamente determinati (det. art. 21) (1).

La pena della relegazione non trae seco civili incapacità. Anche secondo le leggi romane i relegati non perdevano la patria potestà su' figli e ritenevano i loro beni (2). Eravi poi differenza tra la *relegazione* e la *deportazione*; quella non portava alcuna privazione dei diritti di cittadinanza, ma solo impediva al condannato di andare in Roma; questa produceva la perdita dei beni e dei diritti di cittadinanza (3).

Le condanne correzionali portano delle interdizioni a tempo, le quali non avendo luogo *ipso iure* devono essere specificate nella sentenza di condanna (art. 33 e seg. cod. pen.).

La nuova legge avendo conceduto ai condannati alle più gravi pene il diritto di far testamento, si mostra molto più giusta delle leggi anteriori che sconoscevano un tale diritto, il divieto del quale piucchè aggravare la persona del condannato, tornava a pregiudizio di coloro, i quali potevano aver diritti alla sua considerazione. Ristretto invece il divieto alla sola fazione attiva degli atti tra vivi, si toglie l'amministrazione dei beni al condannato, sia perchè incompatibile con la sua posizione, sia perchè privato di ogni maneggio di beni non gli è dato trasformare il luogo di emenda e di esempio in altro di feste e di tripudii, e comperare quando la opportunità gli si offerisse a prezzo di oro una evasione.

§ 30.° Le interdizioni sopra enunciate colpiscono il condannato sia in contradizione sia in contumacia, purchè la condanna importi la sua legale interdizione. Nondimeno la condanna contumaciale non produrrà il suo effetto che dopo trascorsi cinque anni dalla promulgazione della sentenza. Durante i cinque anni i beni del condannato saranno amministrati, e le sue ragioni promosse come per gli assenti. Se poi il condannato in contumacia si costituisce in carcere o sia arrestato dopo i cinque anni, rientrerà per l'avvenire nel godimento di

(1) Vedi gli art. 180, 194, 221, 222, 230 e 312 codice penale.
(2) L. 4. Dig. de interd. et relegatis.
(3) L. 14, 18, e 19 Dig. eod. tit.

tutti i suoi diritti; rimangono però salvi gli effetti dell'interdizione legale, per l'intervallo decorso dopo la scadenza dei cinque anni sino alla di lui comparsa in giudizio (art. 543 proc. pen.).

§ 31.° Gli stranieri per le leggi delle dodici tavole erano chiamati *hostes* cioè inimici, e venivano espressamente dichiarati incapaci di accettare eredità e fare testamento: *Peregrini capere non possunt haereditatem nec testare* (1). Era tale la poca simpatia per gli stranieri negli antichi tempi che si riteneva uno scandalo ove si fosse arrecato loro un vantaggio a discapito dei cittadini: *Ne detur scandalum civibus si proprii eiiciantur filii et exteri panem eorum deglutiantur*. A questo si aggiungeva l'istituto dell'albinaggio, ossia il diritto che aveano i governi di raccogliere a loro profitto la successione dello straniero. Questo diritto che nel nostro ex regno non ebbe luogo che in casi speciali, era ammesso con molta estensione in Francia, dove l'eredità dello straniero morto apparteneva allo Stato, quante volte i suoi beni erano situati nel territorio francese, ed a condizione che non avesse figliuoli nati in Francia o naturalizzati. In taluni paesi la eredità si raccoglieva dal signore alto giustiziere. Questo diritto, che il Montesquieu con ragione chiama insensato, risente la sua origine dallo spirito inquieto, geloso e fiero che dominava nei popoli, e che avventurosamente la civiltà ha distrutto. In Germania e presso di noi fu abrogato; ma rimase nella Francia, ove diceasi che lo straniero vivea libero e moriva servo: *Liber vivit, servus moritur*.

Secondo le nostre leggi civili del 1819 allo straniero competeva l'esercizio dei diritti civili limitatamente a quelli che la nazione a cui apparteneva accordava ai nazionali; salve le eccezioni che per transazioni diplomatiche poteano aver luogo. Competeva inoltre l'esercizio dei diritti civili agli stranieri ammessi dal governo a stabilire il loro domicilio nel regno per tutto quel tempo che continuavano a risedervi (art. 9 n. 1 e 2). Invece il codice italiano ammette lo straniero a godere i diritti civili attribuiti ai cittadini (art. 3); il quale godimento è affatto indipendente dalla condizione di residenza che figurava nel progetto senatorio, essendo sembrata al dire del ministro, una restrizione poco consentanea ai principii di larga e piena comunanza dei diritti civili che vollesi dal codice italiano assicurata allo straniero in omaggio alle tendenze dei tempi nuovi che altamente invocano il trionfo del principio della solidarietà della umana famiglia. Epperò il godimento dei diritti civili accordato allo straniero non è subordinato alla condizione di residenza, e quindi può sempre aspirarvi tuttocchè dimorasse all'estero; salvo se dovesse intervenire come testimone in un atto dello stato civile o in un testamento (art. 351 e 788). Esso è del pari indipendente dalla reciprocanza, ed è indifferente che il contratto donde derivano i diritti dello straniero sia stato stipulato nel regno o fuori.

(1) L. 1 cod. de haered. instit. e L. 1 Dig. ad leg. falcidiam.

§ 32.° I diritti civili si godono non solo dalla persona fisica, ma anche dalla persona giuridica straniera; salva però l'autorizzazione del governo per gli acquisti a favore dei corpi morali, o la incapacità rispetto agli istituti ecclesiastici per gli acquisti ulteriori giusta il diritto pubblico ecclesiastico esistente in talune provincie del regno.

Lo straniero non gode dei diritti politici, eccetto se abbia acquistata la cittadinanza italiana; e neppure del diritto d'*incolato*, cioè di non potere essere espulso dal regno in via amministrativa soltanto, e per provvedimento di sicurezza pubblica.

Se il cittadino decade dallo esercizio dei diritti civili e politici per effetto di condanna penale così in contraddizione come in contumacia, lo stesso è a dirsi dello straniero, la cui condizione non può essere migliore del nazionale.

§ 33.° Il godimento dei diritti civili non solo è accordato ai cittadini, ma ancora ai comuni, alle provincie, agl'istituti pubblici civili ed ecclesiastici, ed in generale, a tutti i corpi legalmente riconoscenti, i quali lo esercitano secondo le *leggi* e *gli usi osservati come diritto pubblico* (art. 2). Quanto allo acquisto di beni da parte di taluni corpi morali a titolo gratuito, sia per testamento sia per donazioni tra vivi, è mestieri dell'approvazione del governo, il quale per l'alta sorveglianza che esercita su quelli, riserva a se il diritto di indagare la convenienza degli acquisti per impartire loro la necessaria autorizzazione. Lo stesso era per gl'istituti di natura ecclesiastica. Senonchè arricchiti smodatamente si emanarono in queste province alcune leggi nello scorso secolo dette di ammortizzazione con le quali si colpirono di un' assoluta incapacità gl' istituti così ecclesiastici, come laicali. Senonchè le gravi trasformazioni del diritto pubblico ecclesiastico avvenute in Italia per effetto delle ultime leggi di soppressione delle corporazioni religiose, e degli enti morali ecclesiastici,impone a noi l'obbligo di ricordare con la maggiore brevità i vari precedenti storici di quel diritto.

§ 34.° Pria che l'imperatore Costantino avesse abbracciato il cristianesimo e dato la pace alla chiesa, era vietato nella maniera più assoluta il possesso dei beni presso le persone ecclesiastiche; e codesto divieto fu sì esteso e generale che si decretò la vendita dei beni di quei gentili, i quali passavano ad abbracciare la religione cristiana; e ciò perchè la povertà fu la regola di Cristo nei primi tempi della chiesa; la quale regola venne scrupolosamente osservata.

Gl'imperatori posteriori a Costantino, se permisero qualche modico acquisto di beni alle chiese, lo fecero per sopperire alle prime necessità del culto esterno, e per lo maggiore lustro, decenza e splendore dei templi, come risulta dalla irrecusabile autorità dell'Eusebio, e del Lattanzio. Ma Valentiniano Seniore e Teodosio Magno proibirono assolutamente alle chiese ed ai luoghi pii di acquistare qualsiesi specie di beni.

Caduto l'impero romano, le razze germaniche scesero alla conquista della Gallia, della Spagna e della nostra Italia; soppressero gli enti

morali ecclesiastici, e ne devolvettero i beni alla corona per lo supremo diritto di regalia alla medesima spettante su quei beni: Cassiodoro, Simmaco e Boezio, scrittori contemporanei, confermano un tale fatto. I Longobardi da Pavia e da Benevento emanarono molte disposizioni relative alla dotazione di talune chiese e badie in Italia, nè altramente fece lo Esarca di Ravenna.

I principi che di tempo in tempo tennero lo scettro in queste nostre provincie, esercitarono sempre una scrupolosa vigilanza su' beni delle chiese, ed i Normanni e gli Svevi vollero essere intesi a preferenza degli acquisti a qualunque titolo, e delle concessioni che veniano fatte agl'istituti ecclesiastici, ovvero ai luoghi pii laicali. Federico II figlio di Errico VI e di Costanza, il quale può dirsi un vero genio del tempo in cui visse, avendo reso il trono inalienabile, indivisibile ed indipendente da potenze straniere, mal soffrendo le smodate pretese della corte romana, proibì ogni ulteriore acquisto alla chiesa, e soppresse le immunità reali e personali, non che ogni privilegio di fôro stabilito a favore degli ecclesiastici, sottoponendo tutti i cittadini alle stesse leggi ed alle medesime forme di giudizii. Egli fu in gravi contese con la corte di Roma, sebbene per le necessità dello Stato non avesse disposto diversamente di ciò che praticarono nel 370 gl'imperatori Valentiniano, Valente e Graziano in una loro lettera diretta a papa Damaso, e di poi Valentiniano, Teodosio ed Arcadio, i quali estesero la incapacità non solo per lo acquisto dei beni immobili, ma eziandio pei mobili, che proibirono di trasferirsi in pro delle chiese e delle persone ecclesiastiche, sia per atti tra vivi, sia di ultima volontà.

L'imperatore Niceforo Foca promulgò altra consimile legge; lo stesso dispose Carlo Magno nella Sassonia, ed anche l'imperatore Carlo V in una sua costituzione del dì 21 febbraio 1528. Nel 1300 Edoardo III re d'Inghilterra fece altra legge non del tutto dissimile. In Francia la medesima legge fu promulgata da San Luigi, e successivamente confermata da Filippo III, da Filippo il Bello, da Carlo V, da Francesco I, da Carlo IX: anche in Genova vi era una costituzione generale, come altresì in Venezia, per la quale si determinò che tutti i beni delle chiese fossero devoluti alla repubblica, e si divietò espressamente di potersi trasferire agli ecclesiastici.

Passate queste nostre provincie sotto il governo degli Angioini chiamati dai Papi, dopo cessata la dinastia degli Svevi con la morte del re Corradino, gli ecclesiastici riebbero il diritto di acquistare beni di qualunque sorta, ed il privilegio delle immunità che con le leggi di Federico II erano rimaste soppresse; giacchè per tradizione surta in tempi di barbarie, la chiesa ed il clero godeano appo noi delle immunità *reali*, *locali* e *personali*, per effetto delle quali non pagavano tributi, potevano rifugiare i delinquenti nelle chiese, ed esercitare una giurisdizione su' laici che avessero compiute funzioni appartenenti all'ordine sacro, per le cause matrimoniali, per le beneficiarie e fune-

rarie, pei furti delle cose sacre, pei reati di eresie, e casi simili. Ma col concordato interceduto tra Carlo III e Benedetto XIV dell'anno 1741 si stabilì che scemassero le immunità reali „ locali e personali di cui godea la chiesa; che su gli antichi beni d'allora in poi si pagasse la metà dei tributi comuni, e su' novelli acquisti l'intero; che il censo dello Stato separasse dal patrimonio del clero le proprietà laicali confuse in esso per malizia o per errore ; che le franchigie fossero ridotte, ed i favori d'uso rivocati: che definito lo stato ecclesiastico, la giurisdizione vescovile fosse accresciuta, che da ultimo un tribunale misto di giudici ecclesiastici e laici decidesse le controversie che potessero insorgere su la esecuzione del concordato.

§ 35.° Nondimeno accresciuta col decorso degli anni straordinariamente la massa dei beni presso gli enti ecclesiastici ed i luoghi pii laicali, ed avendo un tal fatto dato luogo a generale lamento, s'intese il bisogno di provvedervi con la pubblicazione di analoghe leggi, dette di *ammortizzazione* dalla voce francese *amortir* (1) estinguere, e di cui le principali furono le seguenti:

In genere si richiamarono in osservanza le antiche leggi del regno che proibivano alle chiese ed ai luoghi pii l'acquisto dei beni, e particolarmente quelle di Valentiniano Seniore, di Teodosio Magno e di Federico II (Prammatica del 30 maggio 1767). Si statuì che mancando al luogo pio l'assenso regio, fosse incapace di possedere e di percepire eredità, legati, donazioni e qualunque altro dominio ed azione; e la donazione di cui trattavasi andasse agli eredi *ab intestato* (Pram. 27 giugno 1767). Per potersi dalle mani morte acquistare era necessaria l'approvazione della fondazione del luogo pio con la deroga alle leggi proibitive e con la espressa permissione di fare acquisti (Pram. del 1 gennaio 1768). Si vietò ai notai di scrivere nei testamenti e nei contratti qualunque specie di acquisto a beneficio dei luoghi pii (11 feb. 1767).

Sotto la categoria di luoghi pii non furono inclusi quelli destinati ad opere pubbliche e di pietà, amministrati da laici, come per esempio gli ospedali; anzi fu ingiunto ai notai di insinuare ai testatori se volessero lasciare qualche cosa ai medesimi: il nostro reale albergo dei poveri era espressamente ricordato nei testamenti.

Con dispaccio del dì 11 maggio 1771 si dichiarò nullo il possesso dei beni preso dal luogo pio di privata autorità; e con altro dispaccio del 1 giugno detto anno si decretò che l'eredità lasciata in usufrutto al laico ed in proprietà al pio luogo si spettasse interamente ed a titolo di dominio pieno al laico usufruttuario. Si stabilì inoltre che nei casi di caducità sia *ob canones non solutos*, sia per notevole deterioramento dei fondi, questi non rientravano nel dominio del pio

(1) *Vox amortizatio deducta videtur a voce gallica* amortir, *quod est extinguere: bona enim ecclesiastica, utpote alienari vetita, et pubblicis oneribus exemta, civitati mortua videbantur* (CAVALLARI, *Istituzionedi Diritto Canonico, parte seconda, cap. 33 nota 1 al § XI*).

luogo concedente , ma si doveano trasferire ad altro laico , il quale era tenuto di pagare le migliorie al primo enfiteuta espropriato.

Si dispose che le chiese ed i luoghi pii non potessero più in avvenire fare nuovi acquisti per qualsivoglia titolo ; e tutti gli atti tra vivi o di ultima volontà a loro favore non ancora purificate le condizioni, o in possesso contraddetto, dovessero reputarsi per non fatti e restare i beni all'ultimo possessore secolare. I capitali restituiti potevano reimpiegarsi nello stesso genere d' impieghi, e fu imposto ai notai l' obbligo di notarlo in margine degli atti , ad eccezione solamente dei luoghi pii laicali addetti ad opere pubbliche (Pram. 9 settembre 1769). Le cappellanie le quali si fossero lasciate dai testatori doveano aversi come pesi dell'eredità da eseguirsi *officio iudicis* senza potervisi giammai assegnare beni stabili (Pram. 27 gennaio 1770).

Nel fine di non rendere illusoria la legge ove si assoggettasse tutta la eredità a peso di messe, si decretò che in tal caso dovesse andar libera agli eredi *ab intestato* , i quali erano tenuti a far celebrare qualche messa ogni anno in perpetuo , od almeno una sola in ogni anno , e restava ciò come peso della eredità da eseguirsi *officio iudicis* (Pram. 12 agosto 1770). Per le cappellanie si decretò non potersi assegnare beni stabili, ancorchè si fondassero con atti tra vivi: si permise soltanto assegnarsi gli arrendamenti *loco facilioris exactionis* per peso di messe a carico dell'eredità da eseguirsi *officio iudicis* (Pram. 12 agosto 1770). Tra i creditori di un patrimonio essendovi un luogo pio , gli si potea aggiudicare pel suo credito il fondo dal medesimo conceduto in enfiteusi al debitore, con l'obbligo di censirlo di nuovo a persona laica (Pram. 8 settembre 1770). Si dichiarò non essere proibito ai luoghi pii di migliorare i loro beni acquistati prima della legge proibitiva dell'anno 1769 (Pram. 25 maggio 1771).

Con altra Prammatica del 17 agosto 1771 si stabilì che i beni dei luoghi pii conceduti in enfiteusi dovessero considerarsi allodiali del concessionario in ogni genere di commercio col peso dell' antico canone , il quale non si potea aumentare. Fu permesso all' enfiteuta di alienare il fondo, e trasferirlo in dominio utile agli eredi, anche estranei ed agli eredi anche di costoro. L'enfiteusi non si potea caducare se non *ob canones non solutos* per tre anni, per abuso o deteriorazione tale del fondo che ne alterasse notabilmente la natura. I miglioramenti si doveano all' enfiteuta o conduttore del concessionario laico , a cui si attribuì il caducato. Le locazioni ad *longum tempus* furono considerate come enfiteusi; nè si potea in alcuna maniera lasciare danaro contante ai luoghi pii. I capitali restituiti e gli avanzi delle rendite non poteano impiegarsi con ipoteca su beni stabili. Alle congregazioni laicali non poteano aggiudicarsi gli stabili su'quali avevano l'ipoteca.

Fu inoltre stabilito di non potersi permutare corpi stabili tra luoghi pii e persone laiche senza licenza del re (17 agosto 1771). I fondi dei patronati laicali dovevano essere compresi nelle dichiara-

zioni regali riguardanti i luoghi pii ecclesiastici (13 febbraio 1772). Fu proibito il legato perpetuo per uso di argenti lasciato al luogo pio ; e trovandosi fatto prima del divieto dei nuovi acquisti , potea aver luogo la commutazione della volontà (9 luglio 1772). Nel concorso dell'erede usufruttuario legittimo, e del luogo pio erede ultimo chiamato, essendo questo già escluso dal far nuovi acquisti, l'eredità si devolveva all'usufruttuario, che era l'ultimo possessore vivente gravato (27 agosto 1772). Quando il legato si fosse lasciato al laico in usufrutto ed al luogo pio in proprietà, escluso quest' ultimo in virtù della legge proibitiva degli acquisti , la proprietà non si accresceva all' usufruttuario, ma agli eredi del fondatore del legato (26 settembre 1772).

Caducate le disposizioni fatte ai luoghi pii ecclesiastici, i beni dovean restare a libera disposizione dell'erede universale gravato e degli eredi di costui , non già degli eredi del gravante (Pramm. del 12 ottobre 1772). I beni acquistati dalle parrocchie, seminarii , o spedali dopo il concordato fu decretato dover soggiacere interamente ai pesi catastali ed universali (8 gennaio 1774). L' impiegare danaro a vitalizio con luoghi pii per qualunque causa intendevasi compreso nei reali ordini concernenti l' ammortizzazione (15 giugno 1776). Con real dispaccio dei 7 agosto 1771 si stabilì che i beni dei luoghi pii conceduti in enfiteusi considerar si dovessero come allodiali dei concessionarii in ogni genere di commercio sotto il peso dell' antico canone. Sul dubbio nato se questo intender si dovea quello che fu nella prima origine dell' enfiteusi stabilito , o pur quello che per rinnovazione del contratto fu poscia aumentato , e si corrispondeva prima della cennata real risoluzione , si dichiarò che per antico canone intendersi dovea quello che immediatamente prima della mentovata legge fu dalle parti legittimamente rinnovato e convenuto (Pramm. 26 settembre 1778).

Fu inoltre vietato di potersi in alcun luogo del Regno fondare chiese e conventi senza permesso del re (Pramm. di Carlo III del 3 aprile 1740); nè era concesso edificarsi dai religiosi ospizii senza l'espressa licenza sovrana (3 marzo 1757).

Lo scopo delle leggi sopra riportate ed altre relative all'ammortizzazione fu quello di porre in circolazione i beni che in troppo grandi masse aveano acquistati le mani morte ; di sovvenire la classe laboriosa dei cittadini e più utile allo Stato; di incoraggiare l' agricoltura, ed accrescere il numero dei proprietarii , sorgente feconda della felicità nazionale (1).

(1) Bisogna distruggere la mano morta , dicea il senatore Conforti , che è la negazione di ogni progresso , di ogni lavoro , di ogni fecondità. Guardate là i campi aridi , deserti, negletti, che non producono nulla. È la mano dell'uomo, è l'inerzia che isterilisce la fecondità materiale delle terre. Guardate il campo del vicino : tutto lì è fiorente, è ricco , tutto vegeta rigogliosamente; la mano dell'uomo ha profuso il sudore della sua fronte con le scoperte del progresso ; la terra produce esuberantemente. Guardate le campagne romane e vedrete ciò che è la mano morta, ciò che è la mano di ferro dell' inerzia gittata sopra la terra. (Discorso fatto al Senato nel 10 agosto 1867).

§ 36.° La legge del 18 giugno 1807 abolì i legati pii, le cappellanie laicali, e qualunque beneficio, disponendo che i beni andassero in piena proprietà dei compadroni, restando l'adempimento dei pesi abbandonato alla coscienza degli eredi.

Pubblicate le leggi civili del 1819 in queste provincie meridionali, fu stabilito che la chiesa, i comuni, le corporazioni e tutte le società autorizzate dal governo, si considerassero come altrettante persone morali, e godessero l'esercizio dei diritti civili secondo le leggi veglianti (art. 10).

§ 37.° Col decreto dittatoriale del 17 febbraio 1861 si stabilì che gli atti legislativi costituenti l'*anteriore diritto pubblico ecclesiastico di queste provincie* napolitane, e che rimasero abrogati erano rimessi in vigore in quanto non fossero stati abrogati con espresse disposizioni indipendenti dal concordato, e non fossero incompatibili con la vigente legislazione ed amministrazione delle provincie medesime. Era ben naturale il comprendere che per effetto del richiamo in vigore delle leggi d'ammortizzazione, e del real dispaccio del 3 settembre 1769, la chiesa divenisse incapace di novelli acquisti, dovendo reputarsi incompatibile col dispaccio stesso ed implicitamente abrogato l'art. 10 delle leggi civili del 1819, che accordava alla medesima senza limitazione l'esercizio dei diritti civili, e quindi la facoltà degli acquisti: salvo lo assenso regio per l'accettazione delle disposizioni tra vivi e per testamento (art. 826 ed 861 ll. cc.).

Nondimeno per effetto delle ultime espressioni del citato decreto, nacque il dubbio se pel richiamo in vigore delle leggi di ammortizzazione fosse rimasto abrogato l'art. 10 leggi civili, e la quistione agitò per modo il fôro, che interrogato l'ora soppresso Supremo Consiglio Amministrativo di Napoli, si pronunciò nel senso della incompatibilità delle leggi di ammortizzazione, e quindi tolse efficacia all'atto della luogotenenza ed a coteste leggi medesime. Il ministro guardasigilli si rendè sollecito in questa discordia di opinioni di riferire la quistione alla Corte di Cassazione di Napoli, la quale a sezioni riunite, pronunciandosi per lo avviso da noi espresso di sopra, ritenne abrogato l'art. 10 leggi civili col richiamo in vigore del dispaccio del 3 settembre 1769, che colpiva di una incapacità assoluta gli enti ecclesiastici; e ciò con una interpetrazione logica e legale di quel decreto, perchè rispondente alla sua parola ed al pensiero ben noto del legislatore, malgrado fosse stato lo arresto renduto a sola maggioranza di voti.

Non diversamente trovasi oggi stabilito con l'art. 2 cod. civile, il quale stabilisce che i comuni, le provincie, gl'istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone, e godono dei diritti civili *secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico.*

Ove il citato art. 2 del codice si legga senza la conoscenza dei motivi che dettarono le sue ultime espressioni nel modo come si vedono, è

vedervi la riproduzione dell'art. 10 delle leggi civili abolite, e lo esercizio pieno dei diritti civili a favore degl' istituti ecclesiastici conservati, come i capitoli cattedrali, le parrocchie e le chiese, in controsenso di quanto prescrissero presso di noi e nelle provincie toscane le leggi di ammortizzazione. Infatti il deputato Panattoni intendendo a questo modo la legge, trovava inesplicabile come nell'art. 17 del progetto di codice civile, che oggi forma l' articolo 2, si fosse riconosciuta la capacità degli acquisti negli enti morali ed ecclesiastici, e ciò dimenticando non solamente la legge che si aveva fra mano su l'asse ecclesiastico, ma obbliando ancora le tradizioni delle leggi di ammortizzazione, che formano veramente una gloria delle provincie napolitane e toscane.

Senonchè il ministro guardasigilli Pisanelli nella tornata del 16 febraio 1865 rispose nel seguente modo al deputato Panattoni: Questa osservazione è grave, ma credo che ad essa risponderà la lettera dell' art. 17 del progetto (art. 2 cod. civ.) messo in correlazione con l'art. 445 (art. 433 cod. civ.). Egli è vero che l' art. 17 riconosce negli enti morali e negli enti ecclesiastici la personalità giuridica ed il godimento dei dritti civili, ma soggiunge pure *secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico.*

Veda dunque la Camera come questa *restrizione salvi assolutamente la sorte delle leggi d' ammortizzazione.* L'art. 445 (443 cod. civ.) poi completando il concetto è formulato così: « I beni dei corpi morali e degli istituti civili ed ecclesiastici appartengono ai medesimi in quanto le leggi del regno riconoscono in essi la capacità di acquistare e di possedere ».

Ma questa quistione ne trae seco un'altra. Se dunque si potrà domandare, la Toscana e le provincie napolitane si avranno il grande benefizio delle leggi di ammortizzazione che fulminano un'incapacità assoluta di acquistare per gli enti ecclesiastici, perchè volete mantenere ancora una disuguaglianza nelle altre provincie del regno; imperocchè le provincie antiche sono rette in questa parte della legge del 1850, la quale non commina la incapacità assoluta, richiedendo solo l'autorizzazione sovrana per la validità degli acquisti degli enti ecclesiastici? Ebbene, questo sarà precisamente uno di quei casi che renderanno opportunissima la facoltà di coordinazione, poichè io penso, che accordata questa facoltà, non ci sarà più difficoltà, perchè si pareggi la condizione, e il beneficio giuridico delle leggi di ammortizzazione si venga applicando a tutto lo Stato. Anche il ministro Vacca aveva proposto alla commissione di interloquire su questa coordinazione, ma fu eliminata come quistione di principio; epperò dura tuttavia la diversità di legge al riguardo.

§ 38.° Malgrado le esplicite dichiarazioni dell' autore del progetto del codice civile e del ministro, che proponendo la unificazione del diritto ecclesiastico riteneva implicitamente in osservanza presso di noi le ripetute leggi di ammortizzazione, il cui effetto si è di colpire

di una assoluta incapacità gl'istituti ecclesiastici, la giureprudenza non si mostra persuasa di codesta dottrina, e già abbiamo un giudicato della Corte di Appello in contrario senso basato su le seguenti considerazioni:

Pel primo dei decreti del 17 febbraio 1861 *nel fine di provvedere all' unificazione del diritto pubblico dello Stato nelle sue parti essenziali* (son parole del decreto) fu dichiarato nell'art. primo cessata ogni efficacia del concordato del 1818 e di tutte le altre convenzioni anteriori e posteriori fra il governo delle due Sicilie ed il governo pontificio, nonchè delle disposizioni e dei provvedimenti *di esecuzione dipendenti dalle convenzioni medesime,* fermi e non *pregiudicati i diritti inerenti alla politica sovranità dello Stato*, e nello art. 2° furono *rimessi in vigore gli atti legislativi* dell'anteriore diritto pubblico ecclesiastico delle provincie napolitane, *in quanto non fossero stati aboliti con espresse disposizioni indipendenti dal concordato e non incompatibili con la legislazione ed amministrazione delle provincie medesime.*

Per le anzidette disposizioni è manifesto che dall'antica polizia ecclesiastica nelle provincie napolitane non possono reputarsi tornati in vigore se non quegli atti legislativi , i quali eran rimasti aboliti per virtù del concordato e di disposizioni e provvedimenti di esecuzione da esso *dipendenti.*

Or per l'art. 10 leggi civili del 1819, furono le chiese dichiarate come enti giuridici capaci dell'esercizio di tutti i diritti civili.

Siffatta disposizione emanata dalla civile potestà in virtù dei suoi diritti di sovranità dello Stato, non facea mestieri di accordi con l'autorità ecclesiastica. Non può riguardarsi come dipendente da siffatti accordi la disposizione fatta in un Codice di leggi meramente civili , per la quale le chiese, al pari che i comuni ed altri enti morali, furono dichiarati capaci dell'esercizio dei diritti civili.

Non potrebb' essere altramente inteso il cennato decreto senza violarne l'intendimento e lo scopo. Esso mirò all'*unificazione del diritto pubblico dello Stato nelle sue parti essenziali,* e certo che non sarebbesi ciò conseguito, tornando in vigore nelle provincie napolitane l'antico divieto di nuovi acquisti, il quale nè era nelle altre provincie, e neppure più nelle napoletane , in virtù dell' art. 10 leggi civili. La capacità di acquistare perciò derivando da disposizioni *non dipendenti dal concordato* , *nè incompatibile* , ma anzi conforme alle leggi civili del tempo , sì delle napolitane che delle altre provincie d'Italia, non venne meno agl' istituti ecclesiastici conservati pel decreto 17 febbraio 1861.

Somigliante concetto è chiaro eziandio per le disposizioni delle nuove leggi. Per l'art. 2 Codice civile gl'istituti ecclesiastici, e in generale tutti gli enti morali legalmente riconosciuti sono considerati come persone e godono dei diritti civili, tra cui è quello di acquistare. Per l' art. 433 i beni degli istituti civili ed *ecclesiastici* appartengono ai medesimi in quanto le leggi del Regno riconoscono in essi la *capacità di acquistare* e di possedere. E nell'art. 32 della legge 7 luglio

1866 si provvide perfino sulla sorte di quei beni che saranno *acquistati dagli enti morali riconosciuti*, il cui patrimonio per essa legge è soggetto a conversione.

Da ultimo il decreto del dì.... disegna sino l' autorità che debbe richiedere al governo la facoltà per le accettazioni delle disposizioni a favore dei corpi morali, cioè il prefetto se istituti civili, il procuratore generale se istituti ecclesiastici.

Per le quali tutte disposizioni è apertissimo il pensiero nel legislatore di non esser dubbia agli istituti ecclesiastici conservati la capacità ad acquistare.

Or se tra gl' istituti ecclesiastici riconosciuti e non colpiti dai decreti dello stesso dì 17 febbraio 1861, leggi 7 luglio 1866, 15 agosto 1867 e somiglianti disposizioni, che ora formano il diritto pubblico ecclesiastico del regno, sono le parrocchie, egli è manifesto che per virtù ancora delle nuove leggi sono esse capaci di nuovi acquisti (1).

§ 39.° Quanto a noi,nonostante il parere autorevole della Corte di Appello, crediamo di dovere insistere su le affermazioni già date in questa nostra Opera, e nella Polizia Ecclesiastica, e ritenere esistente tuttodì il divieto appo di noi, come lo è in Toscana, dei novelli acquisti da parte di quegl' istituti non disconosciuti dalle ultime leggi di soppressione degli enti ecclesiastici; e ciò per le seguenti ragioni. L' art. 10 delle leggi civili del 1819 è disposizione dipendente dal concordato, poichè non poteasi provvedere in esso in discordanza del concordato medesimo. E quando il decreto del 1861 intese al doppio scopo di unificare la legislazione con l'abolizione dei monasteri, e di richiamare in osservanza l'antico diritto pubblico del regno, del quale erano parte principalissima le leggi di ammortizzazione, non è possibile non ritenere l' articolo 10 virtualmente ed espressamente rivocato da quelle leggi; le quali devono estendere la loro efficacia su gl' istituti ecclesiastici conservati giacchè per quelli non più riconosciuti civilmente provvedono le leggi di soppressione del 1861, 1866 e 1867 spiegate con le successive leggi del 4 luglio ed 11 agosto 1870.

Ma checchessia di ciò, surta la disputa nel 1862 su la efficacia di quelle leggi, la Corte di Cassazione a Camere riunite, fermò la massima, in controsenso del già Supremo Consiglio Amministrativo di Napoli, di doversi riconoscere nel pieno vigore in queste provincie le leggi di ammortizzazione pubblicate nello scorso secolo sotto gli auspicii del ministro Tanucci. Dopo codesto solenne pronunciato fu pubblicato dopo pochi altri anni il codice civile. Se fosse stata idea del legislatore di concedere il pieno godimento dei diritti civili agli enti morali senza alcuna limitazione, dovea formolarsi una disposizione non diversa dall' art. 10 delle leggi napolitane del 1819 con la clausola derogatoria di ogni legge anteriore, od almeno senza

(1) Sentenza del 17 maggio 1871 Pres. Mirabelli, est. de Tilla, causa Economato Generale e Langella.

alcuna restrizione. Invece il codice italiano accorda quel godimento a *limitate condizioni*, cioè *secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*. Or quali sono codeste leggi per noi da osservarsi come diritto pubblico, se non quelle di ammortizzazione? E dove può riconoscersi l'unificazione del diritto ecclesiastico ritenuta dalla Corte di Appello di Napoli dopo la parola della legge che rispetta gli usi locali sempre varii e disformi. E quando a ciò si aggiunge la voce abbastanza decisiva dell'autore del progetto di essa, il quale nell' atto della discussione in Parlamento su l'art. 2 del codice ne dichiarava il senso da noi già ripetuto; e, quando lo stesso avviso esprime il ministro nell' atto che sottopone l' articolo alla sanzione sovrana, non è possibile elevar dubbii sul senso di esso. Aggiungi che lo stesso ministro Vacca, avendo avvertito il diverso trattamento giuridico fatto agl' istituti ecclesiastici nel Regno per effetto dell'art. 17 del progetto corrispondente all' attuale art. 2 codice civile, tentò invano eliminarlo, perchè la commessione non si credè a tanto autorizzata per le limitate facoltà di coordinazione date dal Parlamento al potere esecutivo con la legge 2 aprile 1865. Il che accerta sempre più la differenza di legge da noi notata su l'oggetto. Ecco perchè la Corte di Appello per giustificare il suo pronunciato ha soppresse le ultime parole dell' art. 2 del codice civile; ed invece ha ricordato l' art. 32 della legge del 1866 pubblicata per provincie del regno diverse dalle napolitane, ed ha tratto inutile argomento dalle disposizioni relative alle autorità destinate per chiedere al governo la facoltà per le accettazioni delle disposizioni a favore dei corpi morali, quasi potessero le stesse creare o modificare una legge. E quando la Corte di Appello afferma di trovare nel citato decreto del 1861 la sola unificazione del diritto pubblico ecclesiastico, non si appone certo al vero; conciossiachè ove si fosse inteso procedere alla detta unificazione, bastava estendere a queste nostre provincie la legge delle antiche provincie dell' anno 1850, ovvero formolare il decreto su le basi della legge stessa. Ma il decreto del 1861 citato dalla Corte fu certo di *unificazione*, in quanto non più riconosceva quali enti morali i monasteri ed altri enti ecclesiastici siccome era stabilito per le antiche provincie; ma esso ebbe altresì il fine di richiamare in osservanza la nostra polizia ecclesiastica anteriore al concordato del 1818. Ebbene quale si era codesta polizia, se non quella che fu opera dell' immortale Tanucci, cioè le leggi proibitive dei nuovi acquisti agl' istituti ecclesiastici e laicali, pubblicate prima in Toscana, e poi in queste nostre provincie? Noi conveniamo essere cosa giusta di procedersi tantosto alla unificazione delle leggi in una parte così importante, qual'è il diritto pubblico ecclesiastico, che tanta influenza spiega su la civiltà futura; ma crediamo che si spetti di decretarla al solo potere legislativo, non già ai magistrati destinati alla semplice applicazione delle leggi.

§ 40.° Gl' individui delle corporazioni religiose soppresse hanno riacquistata la piena capacità giuridica per effetto dell'art. 2 della

legge del 7 luglio 1866 così espressa: « I membri degli Ordini, delle Corporazioni e Congregazioni religiose, Conservatorii e Ritiri godranno dal giorno della pubblicazione della presente legge del pieno esercizio di tutti i diritti civili e politici ». Per tal modo viene eliminata quella incapacità in cui erano incorsi per effetto dei voti di povertà fatti all'epoca delle loro professioni. Senonchè avvenuta presso di noi la soppressione delle corporazioni col decreto del 17 febbraio 1861, il riacquisto dei diritti civili da parte dei componenti le medesime dee intendersi avvenuto con la data stessa di tale decreto; e ciò perchè se fu negata alle dette corporazioni la qualità di persone morali, dee reputarsi anche sciolto civilmente ogni vincolo monastico da parte degl'individui che ne facevano parte, ed un ritorno per parte di costoro ai loro diritti anteriori, non essendo concepibile il supporre un uomo privo di qualunque rappresentanza e come persona fisica e come componente di una persona giuridica. Egli è poi generale opinione che se taluno dei frati fosse stato prima secolarizzato, il riacquisto dei diritti civili dovrebbe aver luogo dall'epoca della ottenuta secolarizzazione.

Finalmente è utile di osservare che le rinuncie fatte dai religiosi per le successioni aperte prima del 17 febbraio 1861 devono ritenersi valide giusta il rescritto del 9 marzo 1822.

§ 41.° Nei primi tempi di Roma trovansi vari esempi di associazioni permanenti, specialmente di confraternite di preti, di artigiani, ec. Nondimeno non si era ancora sentito il bisogno di costituire la persona giuridica; poichè il principale scopo dei Romani era la comunanza di agire ed anche la posizione politica; mentre la capacità di acquistare beni non ebbe che uno scopo secondario. In prosieguo quando lo Stato s'ingrandì, allora pei comuni messi sotto la sua dipendenza, pei municipi e colonie, l'idea della persona giuridica ebbe delle importanti applicazioni, e si distinse con molta chiarezza. Di fatti nella stessa guisa della persona fisica, sentivano il bisogno di possedere dei beni, e la dipendenza in cui erano dalla repubblica li poneva in condizione di potere essere giudicati da' tribunali al modo stesso delle persone naturali. Surta così la idea della persona giuridica si estese ad altri corpi, onde si applicò alle stesse confraternite di preti ed artigiani, ed alle associazioni amichevoli dette *sodalitates*, *sodalitia*, *collegia sodalitia*. Di poi per via di astrazione la idea medesima fu applicata allo Stato, il quale sotto il nome di *fisco* venne come persona morale riguardato e sottoposto ad una giurisdizione; finalmente fu applicata ai soggetti di una natura ideale comune agli dei ed ai tempî. Con la introduzione del cristianesimo si accrebbe di molto il numero delle persone giuridiche, ed in ispecialità quelle che aveano per iscopo il compimento di taluni esercizi di pietà. Nel medio evo, in cui lo spirito di associazione ebbe il maggiore svolgimento, crebbe di molto il numero delle persone giuridiche (1).

(1) Savigny, Traité, tom. 2 pag. 243 e seg.

Della cittadinanza.

§ 42.° Lo stato di cittadinanza, al quale è annesso il godimento dei diritti politici, è la qualità che ha un individuo per rispetto alla nazione alla quale appartiene. Essa è *originaria* od *acquisita*; la prima si ottiene per diritto di nascita; la seconda per *elezione*, per *matrimonio* o per *naturalità*.

Nel determinare la cittadinanza per ragion di nascita, la legge riguarda due cose principalmente, cioè alla condizione dei genitori, donde deriva la cittadinanza *iure sanguinis*, ed al luogo del nascimento, da cui nasce la cittadinanza *iure loci*: talvolta risguarda l'una e l'altra condizione medesimamente.

In conseguenza delle espresse idee sono considerati cittadini i figli di padre cittadino (art. 4), dovendo quelli seguire la condizione dei genitori. Egli è quindi indifferente il luogo della nascita del figlio, se cioè sia nel regno od all'estero avvenuta, ed il modo col quale gode la sua qualità di cittadino italiano, cioè per nascita, per elezione, per naturalità ottenuta con legge o con decreto: da ultimo è indifferente che i figli sieno legittimi o legittimati, naturali od adottivi.

§ 43.° Per determinarsi lo stato di cittadinanza è d'uopo aver riguardo al tempo della nascita del fanciullo, non diversamente che si osserva per lo stato di famiglia. Solo pe' figli postumi dee aversi riguardo all' epoca della morte del padre che fissò irrevocabilmente il suo stato onde potersi regolare quello del figlio; e se a quel tempo era il padre cittadino, non sarà considerato diversamente il figlio che dee seguirne la condizione.

Se il padre ha perduto la cittadinanza prima del nascimento del figlio, questi è reputato cittadino, ove sia nato nel regno, e vi abbia la sua residenza (art. 5). Il figlio del cittadino che ha perduto tale sua qualità dovrebbe essere considerato quale straniero, giusta la condizione del padre. Epperò non si è creduto giusto che la colpa del genitore nuocesse al figlio, le cui relazioni ed i cui affetti non possono non essere rivolti che al luogo della nascita del padre dove trova tutte le sue relazioni di famiglia. Nondimeno egli può fra l' anno dalla età maggiore determinata secondo le leggi del regno eleggere la qualità di straniero, facendone la dichiarazione davanti l' uffiziale dello stato civile della sua residenza, o se si trovi in paese estero davanti ai regii agenti diplomatici e consolari (d.art. 5). Affinchè il figlio di padre cittadino che ha perduto la cittadinanza prima di lui sia cittadino, è necessario il simultaneo concorso delle due seguenti condizioni: 1.° che egli sia nato nel regno; 2.° che vi abbia fissata la residenza. Se invece vi sia nato soltanto, ma non risedesse nel regno, non può essere reputato cittadino giusta il citato articolo.

Inoltre per la stessa ragione di nascita è reputato cittadino il figlio nato nel regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da

dieci anni non interrotti: la residenza per causa di commercio non basta a determinarlo (art. 8). Anche questo figlio dovendo seguire la condizione di suo padre che è straniero , dovrebbe come tale essere anche egli considerato. Nondimeno i suoi primi sguardi mirarono l' Italia , in questa terra ospitale sorrise la prima volta alle carezze materne, in essa il suo cuore cominciò a commuoversi , e si svilupparono i suoi primi sentimenti : le impressioni della nascita non si cancellano giammai. Sarebbe quindi ingiusto negare la cittadinanza a questo figlio , quando egli giunto all' età legale la reclamasse. Egli può tuttavia eleggere la qualità di straniero, purchè ne faccia la dichiarazione nel tempo e nel modo stabilito dall' articolo 5.

Se lo straniero non abbia fissato da dieci anni il suo domicilio nel regno , il figlio è reputato straniero , ma gli sono applicabili le disposizioni dei due capoversi dell' art. 6 (det. art. 8). La legge esclude la residenza per causa di commercio , essendo questa per regola generale non valevale a determinare il domicilio, eccetto se fosse ad altre circostanze riunita. La presunzione della legge si è che chi risiede per causa di commercio nel regno, vi sta sempre con l'animo di addivenire dovizioso , e fare di poi ritorno in patria per godervi le acquistate ricchezze.

§ 44.° Abbiamo detto che la cittadinanza acquisita può aversi in tre modi con la *elezione* , col *matrimonio* e con la *naturalità*. Il diritto di acquistare la cittadinanza per elezione è concesso a due classi di persone, cioè: 1°. ai figli nati in paese estero o nel regno da padre o da madre che per qualunque causa abbiano perduto la cittadinanza prima del loro nascimento (art. 6); 2° ai figli nati nel regno da stranieri che non vi abbiano fissato da dieci anni il loro domicilio (art. 8). Le due serie enumerate di figliuoli sarebbero stranieri per ragion di nascita; ma nel primo caso la qualità di cittadino già avuta dal padre , del quale dovrebbero seguire la condizione , e nel secondo caso il luogo della nascita accompagnata dal domicilio stabilito nel regno da quello dei genitori di cui dovrebbero ugualmente seguire la condizione, sono stati motivi sufficienti per dare alla loro volontà individuale tanto valore da consentire che eleggessero la qualità di cittadini. Senonchè nel primo caso valse alla determinazione della legge anche la idea di evitare che la colpa del padre, il quale per suo fatto ha perduto la cittadinanza, arrecasse il grave pregiudizio al figlio di poi nato della perdita della cittadinanza , e con essa il rallentamento delle sue relazioni di famiglia rispetto ai parenti del padre.

In ordine ai figli degli stranieri quando la legge contempla il caso del loro nascimento del regno, non si potrebbe estendere il beneficio anche a coloro i quali fossero conceputi soltanto in Italia , e nati in paese straniero, poichè se l'uomo sente attaccamento per il luogo dove è nato, giusta quanto abbiamo avvertito di sopra, non può sentirlo pel luogo dove fu concepito e che forse non conosce neppure. Crediamo quindi, checchè in contrario avessero altri pensato, inapplica-

bile al caso la massima *infans conceptus pro nato habetur quoties des commodis eius agitur;* ed invece adattatissima l' altra *cessante ratione legis cessat et ipsa lex.*

§ 45.° La elezione della cittadinanza può essere *espressa* o *tacita.* Si ha la prima mediante la dichiarazione fatta dal figlio del cittadino o dello straniero davanti l'uffiziale dello stato civile della sua residenza, o, se si trova in paese estero, davanti i regii agenti diplomatici o consolari (art. 6).

La legge subordina la efficacia della detta dichiarazione alle due seguenti condizioni :

1. Che essa sia fatta dal figlio che vuole eleggere la cittadinanza entro l' anno dalla età maggiore determinata secondo la legge del regno ;

2. Che il figlio che ha eletto la cittadinanza fissi nel regno il suo domicilio entro l'anno dalla fatta dichiarazione (art. 6).

Si ha la elezione tacita della cittadinanza allorchè il figlio dell'individuo stato una volta cittadino, e quello di straniero accetti un impiego pubblico nel regno, ovvero abbia prestato servizio nell' armata nazionale di terra o di mare (det. art. 6) , essendo impossibile che la concorrenza di fatti somiglianti non esprima da parte di colui che li compia la ferma intenzione di addivenire cittadino italiano. Egli è poi chiaro che al servizio effettivo nell' esercito nazionale si equipara il fatto di avere il figlio soddisfatto altrimenti alla leva militare, come ad esempio con aver procurato la surrogazione o l'esenzione nei modi permessi dalle leggi.

§ 46.° Inoltre la cittadinanza si acquista col matrimonio, perocchè la donna dovendo seguire la condizione del marito, è giusto che ove sii straniera , maritandosi ad un cittadino acquisti la sua cittadinanza e la conservi anche vedova (art. 7). La donna straniera divenuta cittadina per effetto del matrimonio da lei contratto, non perde codesta qualità per la separazione personale e neppure con lo scioglimento del matrimonio per morte del marito; ma avviene il contrario ove il matrimonio sia stato annullato per difetto di forme, per errore su la persona o per impotenza ; avvegnacchè in tali casi si applica la massima *quod nullum est nullum producit effectum.*

§ 47.° Finalmente la cittadinanza si acquista dallo straniero per la *naturalità* concessa per *legge* o per *decreto*. La prima dicesi *grande;* l'altra *piccola* : l'una conferisce allo straniero la pienezza dei diritti annessi alla cittadinanza; l'altra non comprende il diritto dell'elettorato, cioè la facoltà di potere eleggere o essere eletto deputato (leg. 20 nov. 1859). Altra differenza intercede tra le due enunciate forme di naturalità , ed è che la prima si verifica *ipso iure* con la legge che la concede allo straniero; l'altra non la produce affatto se il decreto non sarà registrato nell' uffizio dello stato civile del luogo dove lo straniero intende fissare od ha fissato il suo domicilio, e se non sarà da lui prestato giuramento davanti lo stesso uffiziale di essere fedele al

re e di osservare lo statuto e le leggi del regno. La registrazione dev' esser fatta sotto pena di decadenza entro sei mesi dalla data del decreto.

La moglie ed i figli minori dello straniero che ha ottenuto la cittadinanza, divengono cittadini, semprechè abbiano anche essi fissato la residenza nel regno ; ma i figli possono scegliere la qualità di stranieri, facendone la dichiarazione a norma dell'art. 5 (art. 10).

§ 48.° La legge non enumera le condizioni per le quali si può aspirare all' onore della cittadinanza italiana, e quindi rimane in piena libertà dei poteri destinati a concederla di ponderarne le ragioni. Invece secondo la nostra legge del 17 dicembre 1817 potevano essere naturalizzati: 1° gli stranieri che avevano renduto importanti servigi allo Stato; 2° quelli che vi apportavano talenti distinti, invenzioni od arti utili; 3° coloro i quali avevano acquistato nel regno beni stabili su' quali gravitava un tributo fondiario di lire quattrocentoventicinque annue ; 4° quegli stranieri che avevano riseduto nel regno per dieci anni consecutivi ed avevano onesti mezzi di sussistenza; 5° finalmente coloro che vi domiciliavano per cinque anni ed avevano tolto per moglie una connazionale.

Non sembri inutile di qui osservare che la naturalizzazione dello straniero è un beneficio delle moderne legislazioni informate dai principii della scienza progredita, la quale condannando quelle antiche rivalità che facevano ritenere come nemici gli stranieri, e mostrando la sconvenienza del funesto pregiudizio tratto dal luogo di origine, li riconosce come individui appartenenti alla stessa umanità, e compartecipi di tutti i diritti annessi alla cittadinanza.

Della perdita e del riacquisto della cittadinanza.

§ 49.° La cittadinanza si perde per *elezione*, per *rinuncia*, per *matrimonio* e per *cessione* di *territorio*.

Egli è permesso di eleggere la qualità di straniero : 1° ai figli nati da genitori che prima della loro nascita avevano perduto la cittadinanza, e reputati cittadini perchè nati e residenti nel regno (art. 5) ; 2° ai figli di stranieri domiciliati nel regno da dieci anni non interrotti prima del loro nascimento , e reputati cittadini per essere nati in Italia (art. 8) ; 3° ai figli di stranieri che durante la età minore di quelli avevano ottenuto la cittadinanza e divenuti cittadini col genitore di cui avevano seguito la condizione (art. 10).

L'elezione della qualità di straniero non ha effetto se non dal giorno successivo a quello in cui furono adempiute le condizioni e formalità stabilite dalla legge (art. 15).

§ 50.° La patria cittadinanza si può perdere per rinuncia, la quale può essere espressa o tacita. Non mancarono scrittori, i quali mentre riconobbero il diritto in ogni cittadino di abbandonare una patria in-

grata, non avrebbero desiderato che venisse regolato in modo esplicito dalla legge, parendo ad essi, (e noi siamo del loro avviso) poco commendevole lo abbandono espresso. Anche all'illustre Touillier sembrò non degno di essere imitato il fatto di Rousseau che rinunciò in modo espresso alla sua cittadinanza di Ginevra.

La rinuncia espressa si fa con dichiarazione davanti l'uffiziale dello stato civile competente seguita dallo effettivo trasferimento della sua residenza in paese estero (art. 11); altrimenti la rinuncia sarebbe efimera, e potrebbe avere il colpevole intendimento di defraudare i diritti dei terzi.

In ogni modo codesta rinuncia può sempre dar luogo a degli abusi, e questi intraveduti dallo stesso deputato Pisanelli che redigeva il progetto del Codice civile, lo indussero a domandare di formolarsi un'apposita disposizione per la quale la rinunzia alla cittadinanza non potesse mai avere efficacia quando non fosse fatta in buona fede, ma allo scopo di arrecare danno allo Stato o a quello dei terzi. Se in un giorno di pubblico pericolo, egli dicea, il nostro paese dovesse imporre un imprestito forzato (e la previsione non tardò molto ad avverarsi) a tutti i cittadini, in virtù di quest' articolo del codice, mentre è in discussione la legge, e prima che essa si pubblichi e vada in osservanza, sarebbe forse lecito ad alcuni tra gli epuloni del paese, i quali invece della carità di patria fossero agitati dal demone dell' avarizia e dall' egoismo, di affollarsi intorno al sindaco, di affrettarsi a fare la loro dichiarazione semplicissima e d'intraprendere un viaggio all'estero, dicendo: È impossibile obbligarsi a concorrere al prestito forzoso, non siamo più cittadini d'Italia. È vero che la legge aggiunge che la rinunzia alla cittadinanza non esime dagli obblighi del servizio militare, ma evidentemente non basta; vi hanno pure altri obblighi specialmente nei momenti di pubblica calamità, pei quali sarebbe ben imprudente lasciar facile e pronto ai cittadini il mezzo di esonerarsene in pochi minuti con un atto della loro volontà, cioè una semplice dichiarazione. Malgrado che il desiderio del Pisanelli non fosse stato secondato, pure crediamo derivare dai principî generali del diritto non essere operativa di effetti legali quella rinuncia che non si vede fatta in buona fede, essendo questa condizione essenziale di qualunque rapporto giuridico sia dei cittadini tra loro, sia tra cittadini e lo Stato.

Secondo il diritto antichissimo di Roma niuno poteva perdere suo malgrado la cittadinanza: *Hoc ius est*, dice Cicerone, *a maioribus proditum est, ut nemo oris romanus aut civitatem possit omittere, nisi ipse auctor factus sit* (1). Si perdeva se si faceva ascrivere ad altra patria; epperò quando i Romani volevano allontanare qualcuno dalla città, non usavano la forza, ma lo interdicevano dell' acqua e del fuoco, onde mancandogli le cose più necessarie alla vita, volontariamente

(1) Pro domo XXIX.

uscisse di Roma: uscito dovea procurarsi altro domicilio, e così perdeva tutti i diritti nella propria patria.

La rinunzia tacita alla cittadinanza si desume da determinati fatti, ed ha il suo fondamento nel diritto di natura, il quale consente che si lasci una patria che si è sperimentata ingrata, e codesta abdicazione è ammessa eziandio per diritto pubblico, secondo il quale una patria libera dee dar fuori liberi cittadini e non servi.

§ 51.° Il primo fatto che inchiude rinuncia tacita è quello dell'italiano che acquisti la cittadinanza in paese estero (art. 11) potendosi contrarre per tal modo doveri incompatibili con quelli verso la patria. *Nemo duorum civitatum civis esse potest*. I pubblicisti Grozio e Puffendorf avvisano ugualmente che uno stesso individuo non può per la dinotata ragione appartenere a due patrie. E le leggi romane seguaci della stessa sentenza cassavano dalle tavole censuali coloro che ad altra patria s'incardinavano: *Et caput de civitate videbantur eximi ut loquitur iurisconsultus*. Abbiamo per ciò dalla storia che Attico ricusò la cittadinanza di Atene per non perdere quella di Roma.

§ 52.° In secondo luogo perde la cittadinanza per tacita rinunzia colui che senza permissione del governo, abbia accettato impiego da un governo estero (det. art. 11 n. 3); quindi l'impiego chiesto e non ottenuto, ovvero un impiego non governativo, ma provinciale o comunale, ovvero presso un istituto civile od ecclesiastico, od infine il libero esercizio all'estero di un'arte o professione, non sarebbe sufficiente a far perdere la cittadinanza italiana. Non è a dirsi diversamente per gli stabilimenti di commercio, i quali non si presumono fatti con l'animo di non più ritornare, ma di accrescere il patrimonio e goderlo inseguito nella propria patria.

§ 53.° In terzo luogo si perde la cittadinanza da chi senza permissione del governo sia entrato al servizio militare di potenza estera (det. art. 11). Codesta perdita di cittadinanza è poggiata sopra ragioni più appariscenti, trattandosi di un' abdicazione più riprensibile della cittadinanza, perchè tende a ridurre le forze patrie e ad accrescere le straniere, col pericolo di rivolgere un tempo le armi contro il paese natio. Anche per le leggi romane colui che volontariamente fuggiva all'inimico, non godeva del diritto di *postliminio* ed era equiparato al nemico (1). Quando il governo dà il permesso non ha più luogo la perdita della cittadinanza. Presso di noi la legge del dì 8 agosto 1826 facea espresso ordine al cittadino, il quale prendeva servizio militare all'estero, di dover accettare con la espressa condizione giurata che mai avrebbe rivolte le armi contro la patria.

La moglie ed i figli minori di colui che nei suddetti casi ha perduto la cittadinanza, divengono stranieri, salvo che abbiano continuato a tenere la loro residenza nel regno. Nondimeno possono riacquistare la cittadinanza nei casi e modi espressi nel capoverso dell'art. 14,

(1) L. 17 e 19 § 4 Deg de capt. et postlim.

quanto alla moglie, e nei due capoversi dell' art. 6 quanto ai figli (art. 11).

La perdita della cittadinanza nei casi espressi nell' articolo precedente non esime dagli obblighi del servizio militare nè dalle pene inflitte a chi porta le armi contro la patria (art. 12). Ove la rinunzia espressa o tacita fosse bastata per esimere dal servizio militare, si sarebbe creato un mezzo troppo facile per deludere le leggi sul reclutamento dell'esercito.

In conseguenza della perdita incorsa della cittadinanza, avrebbesi dovuto considerare come straniero l' individuo, giusta l'idea del Carnot, allorchè in unione all' armata estera si presenta ostile contro le patrie mura. Nondimeno la legge ritenendo a buon diritto che la cittadinanza è qualità naturale ed inerente all'individuo, e che solo a titolo di pena può esserne alcuno disvestito, dichiara espressamente che la perdita della stessa non sottraendo agli obblighi naturali e civili verso lo Stato, non esenta dalla pena a vita prescritta dalla legge contro colui che porta le armi contro la patria (art. 169 cod. pen.) Allorquando Temistocle fu invitato da Serse a volgere le armi contro la patria, si rifiutò con nobile disdegno, e chiesto sul motivo della ricusa, rispose: *Nacqui in Atene!*

Avvisiamo quindi che solo il caso di un legale costringimento accertato nei modi legali, possa ritenersi bastevole per sottrarre dalla pena a vita l' Italiano che rivolga le armi contro la patria.

§ 54.° La cittadinanza si perde dalla nazionale che si marita con lo straniero, semprechè col fatto del matrimonio acquisti la cittadinanza del marito (art. 14). Se essa col matrimonio diviene compartecipe di tutti i diritti del marito, è giusto che segua la condizione sociale dello stesso. Rimanendo vedova, ricupera la cittadinanza se risegga nel regno e vi rientri, e dichiari in ambedue i casi davanti l'uffiziale dello stato civile di volervi fissare il suo domicilio (det. art. 14).

§ 55.° Malgrado le cose sopra indicate la legge sempre provvida dichiara che il cittadino che ha perduto la cittadinanza per alcuno dei motivi espressi nell'art. 11, la ricupera purchè: 1° rientri nel regno con permesso speciale del governo; 2° rinunzii alla cittadinanza straniera, all' impiego od al servizio militare accettati in paese estero; 3° dichiari davanti l'uffiziale dello stato civile di fissare e fissi realmente entro l'anno il suo domicilio nel regno (art. 13).

L' acquisto o il riacquisto della cittadinanza nei casi precedentemente espressi non ha effetto, se non dal giorno successivo a quello in cui furono adempiute le condizioni e formalità stabilite (art. 15).

§ 56.° L' ultimo modo di perdere la cittadinanza, comunque non contemplato nel codice è quello della cessione o distacco in qualunque modo avvenuto di una parte di territorio ad altro Stato. Senonchè è sempre lecito secondo noi ai cittadini delle terre separate, sia per volontaria cessione, sia per conquista di ritenere la precedente nazionalità e rimanersi nel territorio distaccato come stranieri, epperò con le limitazioni dei diritti ammesse per gli stranieri non naturalizzati; ma

perciò crediamo indispensabile una espressa manifestazione di volontà; giacchè la presunzione della legge è quella di ritenersi cittadini tutti coloro che tali si reputavano prima della cessione o distacco del territorio in qualunque altro modo avvenuto.

TITOLO II.

DEL DOMICILIO CIVILE E DELLA RESIDENZA.

§ 57.° Dopo avere trattato dei diritti civili è d' uopo esaminare il luogo dove codesti diritti devono esercitarsi, cioè del domicilio.

Il domicilio è il luogo dove il cittadino ha il suo principale stabilimento, comunque in realtà non vi si trova, nè vi dimora abitualmente. Esso differisce dalla residenza che è nel luogo dove la persona ha la dimora abituale, e dalla semplice dimora la quale accenna ad una maggiore precarietà. Essendo il domicilio il luogo della generale rappresentanza dei diritti non può essere che un solo; mentre si possono avere più residenze, ora dimorando in un luogo ed ora in un altro, come colui che parte dell' anno resta in città e parte in campagna.

§ 58.° Il domicilio si distingue in *civile* e *politico*, di *origine* ed *acquisito*, *volontario* e *legale* o *necessario*, *reale* ed *eletto*.

Il domicilio civile di una persona è nel luogo in cui essa ha la sede principale dei proprii affari ed interessi (art. 16); quindi sono segni indicativi del domicilio i luoghi dove si fanno contratti, si pagano le imposte, ec.

Il domicilio politico è il luogo dove si esercitano i diritti politici, cioè le funzioni di magistrato, di prefetto, di sindaco, ec.

Il domicilio di origine è determinato dal luogo della nascita; l'acquisito è quello che si è scelto dopo l'abbandono del domicilio di origine; il volontario è quello che si elegge dal cittadino arbitro dei suoi diritti; il legale o necessario è quello assegnato al minore non emancipato, all' interdetto, ed alla donna maritata; il reale è quello dove sta la persona; l'eletto è quello che riflette relazioni giuridiche specialmente determinate, e serve a facilitare la esecuzione delle obbligazioni.

§ 59.° Il domicilio di origine può essere cangiato da qualunque persona di età maggiore, sia cittadina sia straniera o dal minore emancipato. Le condizioni che all'oggetto devono osservarsi sono due: 1.° di trasferirsi la residenza nel luogo dove s' intende fissare il novello domicilio; 2.° dee aversi la intenzione di fissare la sede principale dei proprii affari ed interessi nel luogo dove si è trasferita la residenza (art. 17).

L'intenzione di fissare il domicilio nel luogo della nuova residenza, si prova con la doppia dichiarazione all' uffizio dello stato civile del comune che si abbandona, e a quello del comune in cui si fissa il domicilio (det. art. 17). In mancanza della detta dichiarazione la in-

tenzione si prova con fatti che valgono a dimostrarlo. Codesti fatti possono essere il contrarre matrimonio in luogo diverso dal domicilio di origine e stabilirvi la famiglia, lo acquistare ivi beni stabili e vendere tutto o parte di quelli che si possedevano nel domicilio di origine, il pagamento delle imposte e delle tasse nella novella residenza, lo ascriversi ivi nei ruoli della guardia nazionale, l'esercizio permanente di una professione od arte, ec. Essendovi una sola dichiarazione fatta presso l' uffiziale dello stato civile, in tal caso basta che i fatti possano equivalere alla unica dichiarazione mancante.

Il domicilio legale è attribuito alla donna maritata, la quale essendo obbligata a seguire il marito non può avere un domicilio diverso da costui, attesa la unione della vita coniugale. Codesto domicilio si attribuisce alla donna tuttochè fosse separata di beni dal proprio marito, (art. 18). Con la separazione personale sia convenzionale, sia giudiziaria la donna perde il domicilio del marito, ed acquista il diritto di eleggerne uno a sua scelta. La separazione dev'essere diffinitiva, non potendo operare questo effetto la separazione provvisoria che la legge permette al magistrato di ordinare. Anche la interdizione del marito, e la sua morte dà diritto alla moglie di eleggersi un domicilio di sua scelta.

Lo stesso domicilio legale è attribuito al minore non emancipato presso quello del padre o della madre in caso di morte od incapacità del primo, o quello del tutore in caso di morte od incapacità da parte di entrambi.

I pubblici funzionarii sia amovibili sia inamovibili conservano il loro domicilio di origine, non essendo stato ritenuto il progetto senatorio che voleva loro attribuire quello dove esercitano le funzioni, siccome fu stabilito dalle leggi napolitane del 1819.

Rispetto ai figli nati da genitori ignoti essi hanno il domicilio nel luogo dove sono nati, e se sono sottoposti a tutela presso quello del loro tutore.

§ 60.° La legge nulla determina rispetto al domicilio dei detenuti o condannati. La dottrina però non dee trascurare la soluzione di siffatti casi. Quanto ai detenuti è certo che conservano il domicilio di origine; nè dee dirsi diversamente per tutti i condannati a pene temporanee, essendo impossibile di presumere legalmente che si scelga la prigione dove si sta forzatamente per proprio domicilio. Nondimeno i detenuti sono citati per affari relativi al giudizio penale in persona propria mentre rattrovansi nella prigione. Qualora la condanna porti la interdizione legale, dovendosi in tal caso nominare al condannato il tutore, il domicilio di costui determina quello del condannato.

Alcuni han creduto che i condannati a vita non potessero avere altro domicilio che il luogo di pena (1); ma per la nuova legge transitoria essendosi accolto per rispetto ai detti condannati la stessa inter-

(1) Arcieri — Diritto civile, vol. 1, pag. 121.

dizione legale ed il tutore per la rappresentanza giuridica del condannato, non può costui avere domicilio diverso da quello del suo tutore durante la espiazione della pena tuttochè a vita.

Il domicilio eletto, altrimenti detto speciale, è quello che si elegge per certi affari od atti (art. 13). Si suppone la persona presente nel luogo dove il domicilio si è eletto, ma limitatamente per l' atto e l'affare che originano la elezione del domicilio. La facoltà di eleggere siffatto domicilio è intesa a facilitare la esecuzione delle convenzioni, giacchè mercè il domicilio eletto la parte interessata può adire l' autorità giudiziaria del luogo dove il domicilio fu eletto, e che può essere diverso da quello del convenuto ed anche il proprio.

In generale l'elezione del domicilio è facultativa, ma diviene obbligatoria nei casi preveduti dagli art. 88, 1987, 2044 e 2050.

Il domicilio eletto, a differenza del domicilio generale, può essere vario, potendosi eleggere più domicilii secondo la esigenza degli affari ed il numero degli atti che si compiono.

§ 61.° Per convenirsi il domicilio vi occorre la relativa capacità giuridica. Così il minore emancipato e la donna per gli atti che compiono da per loro stessi possono eleggere un domicilio qualunque. Il domicilio può eleggersi sia dallo straniero, sia dal cittadino, ed in generale s' intende fatta la elezione a favore non di colui che l'elegge, ma della parte avversa. Infatti se questa non intende citare l' eleggente nel domicilio eletto, ma nel reale, non per ciò potrebbero reputarsi meno validi e legali gli atti intimati in quel domicilio.

§ 62.° L'elezione del domicilio non può essere che espressa, e quindi deve risultare da atto scritto, atteso l'importanza che ha per l'abbandono della giurisdizione originaria dell'eleggente, e stante la difficoltà di potersi altrimenti comprovare. La elezione del domicilio può farsi validamente sia con atto pubblico sia privato.

§ 63.° Il domicilio può eleggersi in due modi, cioè o in un luogo senza indicare la persona o l' uffizio presso cui si elegge, o viceversa determinandosi una persona od un uffizio per la intimazione degli atti (art. 40 proc. civ.): nel primo caso tutte le notificazioni relative all'atto per cui si fece l'elezione possono eseguirsi al domicilio eletto, salvi i casi indicati nel capoverso dell'art. 140; nel secondo caso l'elezione produce soltanto l'effetto di determinare la competenza. In ogni caso lo eleggente può alla persona od all' ufficio presso cui stabilì il suo domicilio speciale sostituire altra persona od altro uffizio nel medesimo luogo, niun pregiudizio arrecando ciò alla parte nel di cui interesse fecesi la elezione.

TITOLO III.

DEGLI ASSENTI.

CAPO I.

Della presunzione di assenza e dei suoi effetti.

§ 64.° In tempi nei quali il commercio è divenuto generale, ed il gusto delle arti e delle scoverte, non che gli stessi torbidi degli Stati trasportano del continuo il cittadino fuori la sua patria , non si poteva serbare silenzio sul modo di decidere le controversie risultanti dall'assenza, la quale importa una sospensione dello esercizio dei diritti civili da parte del cittadino. Nel tempo antico l'assenza era uno di quei casi straordinarii di cui poco o nulla s'interessava la legge.

§ 65.° Il diritto romano non offre su la materia una teorica regolata ed uniforme ; avvegnacchè i Romani sommamente affezionati alla loro patria nella quale rinvenivano tutti i vantaggi ed i diletti , difficilmente se ne allontanavano , eccetto quando i bisogni dello Stato li chiamavano altrove. D'altronde essi erano in perpetua guerra con gli altri popoli, nè potevano senza gravi rischi emigrare all' estero. Avvenendo poi l' assenza *causa reipublicae*, non bisognava regolarne gli effetti, poichè coloro che per le vicende della guerra cadevano in potere dell' inimico si consideravano come schiavi, ed i loro beni erano amministrati dai parenti finchè ritornassero o fossero morti. Se poi il prigioniero moriva presso l' inimico , si reputava morto dal momento che ritornava pel noto diritto *iure postliminii* , e si considerava come se mai vi fosse stato; quindi per effetto di codesta duplice finzione regolavano le successioni ed i diritti verificati a favore del prigioniero durante la sua assenza.

§ 66.° Malgrado le cose da noi sopra riferite sul bisogno di risolver le dispute su l'assenza con appositi provvedimenti legislativi, non vogliamo dissimulare che essendo questa una delle teoriche meno pratiche del codice civile, saremo molto sobrii nella esposizione della medesima.

§ 67.° La legge presume assente la persona che ha cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, senza che se ne abbiano notizie (art. 20). Codesta disposizione mancava nel codice francese, ma fu inserita nelle leggi civili del 1819. Non si confondano gli assenti propriamente detti coi non presenti , cioè quelli che ricercati in un luogo non sono rinvenuti , ma che si ha notizia di loro. Invece per la nostra assenza, occorre che s'ignori il luogo del domicilio dell'assente e che non si abbiano di lui notizie.

§ 68.° Finchè l'assenza è soltanto presunta, il tribunale civile dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente, se non vi è alcun

procuratore, può, sull' istanza degl' interessati o degli eredi presuntivi o del ministero pubblico, nominare chi rappresenti l' assente in giudizio, o nella formazione degl' inventarii e dei conti, e nelle liquidazioni e divisioni in cui egli sia interessato, e dare gli altri provvedimenti che sieno necessarii alla conservazione del suo patrimonio (art. 21). Trattandosi di persona scomparsa senza incaricare alcuno che vigili per le sue cose, il legislatore lungi di adottare misure rigorose dà soli provvedimenti diretti alla conservazione dei suoi beni. I giudici non devono accogliere la domanda per gli opportuni provvedimenti di amministrazione, se non quando siavi necessità; nè questa esisterebbe allorchè l' assente avesse rimasto un rappresentante qualunque per amministrare i suoi beni.

Senonchè avendo l'assente lasciato un procuratore, il tribunale provvederà soltanto per gli atti che non potessero farsi dal procuratore in forza del mandato o della legge (det. art. 21). Le parti interessate a veder nominato un rappresentante qualunque all' assente, ovvero a supplire ad una imperfetta rappresentanza dal medesimo lasciata, sarebbero i creditori, i socii, gli affittatori, il marito se assente la moglie, e costei se assente il marito, ed anche il figlio, od alcuno dei congiunti o degli affini che per legge ha diritto agli alimenti.

§ 69.° Indipendentemente dalla enunciata presunzione di assenza è stabilito che nel caso di condanna contumaciale renduta dal magistrato penale che importi la interdizione legale del condannato, essa non produrrà il suo effetto che dopo trascorsi cinque anni dalla pronunziazione della sentenza; ma dopo i cinque anni i beni del condannato saranno amministrati, e le sue ragioni promosse come per gli assenti *presunti* (art. 453 cod. proc. pen.)

§ 70.° Ad ottenersi la sentenza con la quale l'individuo scomparso si presuma assente, si provvede in camera di consiglio (art. 793 proc. civ.).

CAPO II.

Della dichiarazione di assenza.

§ 71.° Dopo tre anni continui di assenza presunta, o dopo sei, ove l'assente abbia lasciato procuratore per amministrare, i presunti eredi legittimi, ed in loro mancanza i testamentari, e chiunque crede di avere sui beni dell' assente diritti dipendenti dalla morte di lui possono domandare al tribunale che l' assenza sia dichiarata (art. 22). In questa disposizione sonosi abbreviati i termini più lunghi sanciti dalle leggi anteriori, la quale abbreviazione si spiega facilmente per le agevolate comunicazioni che avvicinano oggidì tutti le distanze, e che per conseguenza rendono più grave la mancanza di notizie durante un periodo di tempo relativamente più breve.

§ 72.° Il tribunale, se la domanda è ammessibile, ordinerà che sieno assunte informazioni. Codesto provvedimento sarà pubblicato alla

porta dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente, e notificato alle persone in contraddittorio delle quali fu proposta la domanda, ed al procuratore dell'assente. Un estratto del provvedimento sarà pure pubblicato due volte con l'intervallo di un mese, nel giornale degli annunzii giudiziarii del distretto e nel giornale ufficiale del regno (art. 23).

§ 73.° Assunte le informazioni e trascorsi almeno sei mesi dalla seconda pubblicazione, il tribunale pronunzierà su la domanda di dichiarazione dell'assenza (art. 24). La dilazione di sei mesi è imposta, affinchè l'assente se vivo possa aver tempo di conoscere la sentenza ed impedirne la esecuzione, cioè ricomparendo e dando notizie di sè. Il tribunale nel provvedere su la domanda appoggiata a carte e documenti dee esaminare la causa dell'allontanamento, e vedere se i motivi che la determinano sussistono ancora, come ad esempio un viaggio marittimo intrapreso, che non rende possibile il ritorno in tempo molto breve, ovvero una negoziazione in siti lontani che rende indispensabile un certo indugio per far ritorno in patria, e casi simili.

§ 74.° La sentenza che dichiara l'assenza sarà notificata e pubblicata a norma dell'articolo 23 (art. 25). La legge ha per iscopo di mettere a notizia dell'assente le dimande innoltrate dai legittimi interessati per immettersi nel possesso dei suoi beni, ed impedirlo ove lo creda del suo interesse.

§ 75.° Il tribunale provvede altresì in camera di consiglio su le domande per dichiarazione di assenza, allorchè sono proposte dagli eredi legittimi. Ove poi lo fossero da altri interessati, si procede nelle forme stabilite per i giudizii sommarii (art. 794 cod. proc. civ.)

CAPO III.

Degli effetti della dichiarazione di assenza.

SEZIONE I.

DELLA IMMISSIONE NEL POSSESSO TEMPORANEO DEI BENI DELL'ASSENTE.

§ 76.° Fino alla dichiarazione di assenza l'individuo si presume vivo, od almeno le prescrizioni di vita e di morte si avvicendano e neutralizzano; epperò fino a quel tempo si emettono provvedimenti nel solo interesse dell'assente. Ma dopo essere decorso il periodo di tre anni continui senza dare notizie di se, le presunzioni crescone di grado in grado fino a farlo credere più morto che vivo. Ecco perchè si dispone che trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione della sentenza che dichiara l'assenza, il tribunale su l'istanza di chiunque creda avervi interesse o del pubblico ministero, ordinerà l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente se ve ne sono. Gli eredi testamentari dell'assente in contraddittorio degli eredi legittimi, e in

mancanza di eredi testamentarii quelli che sarebbero stati eredi legittimi, se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza, ovvero i rispettivi loro eredi possono domandare al tribunale la immissione nel possesso temporaneo dei beni (art. 26). Egli è codesto un deposito affidato agli eredi legittimi o testamentarii interessati alla conservazione dei beni più di qualunque altra persona. Se l'assente avesse lasciato procura la dichiarazione di assenza e la provvisionale immissione in possesso, è giusto che abbiano luogo in un tempo doppio, avendo egli manifestato in tal modo la intenzione di allontanarsi per tempo non breve, e quindi meno certa diviene la presunzione di morte sul fondamento della quale la legge conferisce agli eredi legittimi o testamentarii il possesso provvisorio dei beni.

Essendosi stabilito che l'assenza non possa essere dichiarata se non dopo sei anni, quando l'assente lasciasse una procura, occorrendo sei mesi per la prima pubblicazione, e sei per la seconda, segue, che l'apertura degli atti di ultima volontà viene ordinata dopo sette anni. Lo stesso avrà luogo venendo a cessare la procura come per esempio per la morte del procuratore o la sua interdizione per effetto di condanna penale, o pel suo stato di mente. Cessando la procura il tribunale provvederà soltanto per l'amministrazione dei beni con le norme additate per la presunzione di assenza, salvo all'amministratore l'obbligo di rendere il conto agli eredi immessi nel possesso dei beni dell' assente.

§ 77.° I legatarii, i donatarii e tutti coloro che avessero su'beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, possono chiedere in contraddittorio degli eredi di essere ammessi all' esercizio temporaneo di quei diritti—Tuttavia nè gli eredi, nè le altre persone precedentemente indicate si ammetteranno al possesso dei beni od all' esercizio dei loro diritti eventuali se non mediante cauzione nella somma che sarà determinata dal tribunale — Il coniuge dell'assente, oltre ciò che gli spetta in forza delle convenzioni matrimoniali e per titolo di successione, può in caso di bisogno, ottenere dal tribunale una pensione alimentaria da determinarsi secondo la condizione della famiglia e l'entità del patrimonio dell' assente (art. 26).

§ 78.° Il tribunale provvede in camera di consiglio su le domande relative alla immissione nel possesso temporaneo dei beni dell' assente, e per ammissione di cauzione, allorchè sono proposte dagli eredi legittimi—Se queste domande sono proposte da altri interessati, si procede nelle forme stabilite per i giudizii sommarii (det. art. 794 cod. proc. civ.) — La cauzione è data a norma della sezione VI del capo 1, titolo IV, libro primo—Se la canzione sia data con ipoteca su beni immobili, il cancelliere deve farne eseguire l' iscrizione, trasmettendo nel termine di giorni cinque dall'atto di obbligazione le note al conservatore delle ipoteche, sotto pena di una multa estendibile a lire cinquecento, oltre il risarcimento dei danni (art. 795)—Nell'inventario e nella vendita dei beni mobili si osservano le

norme stabilite per l'eredità accettata con benefizio d'inventario — L'investimento del prezzo ricavato dalla vendita e dei proventi scaduti deve farsi nel termine e con le cautele stabilite dal tribunale (art. 796 cod. proc. civ.).

§ 79.° Qualora alcuno dei presunti eredi od aventi diritto sui beni dell'assente non possa dare cauzione, il tribunale può ordinare quelle altre cautele che stimerà convenienti per l'interesse dell'assente, avuto riguardo alla qualità delle persone, alla loro parentela coll'assente ed alle altre circostanze (art. 27). Si può quindi destinare un amministratore giudiziario ai beni od alla parte di essi spettante a colui che non è al caso di dare cauzione, ovvero affidarla a lui stesso senza cauzione se persona di fiducia o in intime relazioni di parentela con l'assente, con l'obbligo di conti semestrali od ingiungendo lo impiego della rendita nella parte riservata all' assente.

§ 80.° L'immissione nel possesso temporaneo attribuisce a coloro che la ottengono ed ai successori l'amministrazione dei beni dell' assente, il diritto di promuoverne in giudizio le ragioni, ed il godimento delle rendite dei beni dell' assente nei limiti stabiliti in appresso (art. 18). Essi devono fare procedere allo inventario dei beni mobili e alla descrizione degl'immobili dell'assente. Non potranno senza l'autorizzazione giudiziale alienare, nè ipotecare i beni immobili, nè fare alcun altro atto eccedente la semplice amministrazione. Il tribunale, ordinerà ove sia d' uopo, la vendita in tutto od in parte dei beni mobili, ed in tal caso ne sarà impiegato il prezzo (art. 29). Sotto il nome di alienazione vengono comprese le vendite, le donazioni, le permute, le dazioni in enfiteusi di beni fondi, la imposizione di servitù, ec. poichè alienare significa in diritto ogni trasferimento di proprietà in un altro. Rispetto al divieto d'ipotecare è d' uopo osservare che i beni degli assenti potrebbero essere ipotecati eventualmente, cioè con la tacita condizione di tramutarsi il possesso provvisorio in diffinitivo. Invece rivocato lo stesso possesso provvisorio sarebbe applicabile la nota regola : *Resoluto iure dantis*, *resolvitur etiam ius accipientis*. Nel diritto romano il curatore dei beni dell'assente neanco poteva venderli od ipotecarli ; ma siccome la legge 1.ª del Digesto dava a costoro facoltà di vendere i fondi urbani, Costantino con la legge 22 del codice estese la proibizione a tutti i fondi, non che all' oro, alle gemme, all'argento e ad altri mobili preziosi.

§ 81.° Tra gli effetti del possesso provvisorio è l' attribuzione di tutti o parte dei frutti a coloro che ne sono investiti. Essa ha per iscopo di compensarli delle cure prese nell' amministrazione. La proporzione è segnata dalla legge nel modo qui presso : Gli ascendenti, i discendenti e il coniuge immessi nel possesso temporaneo dei beni ritengono a loro profitto la totalità delle rendite (art. 30). Se gl'immessi nel possesso provvisorio sieno parenti entro il sesto grado, debbono riservare il quinto delle rendite nei primi dieci anni dal giorno dell' assenza e di depositare sino a trenta anni il decimo. Se

sieno parenti in grado più remoto od estranei, debbono riservare il terzo delle rendite nei primi dieci anni, e di seguito sino ai trenta anni il sesto. Trascorsi trent'anni, la totalità delle rendite apparterrà in ogni caso agl'immessi nel possesso (art. 31). La legge si è decisa a concedere ai parenti dell'assente immessi nel possesso dei beni una maggiore porzione dei frutti di quella fissata dai codici precedenti, per seguire le norme di una bene intesa economia, interessando per tal modo i possessori alla migliore coltivazione dei beni.

Nel diritto romano il curatore dato ai beni dell' assente nulla percepiva delle sue rendite, giacchè si riteneva che sapendo egli di non essere erede per la incertezza della morte dell' assente, non poteva essere considerato possessore di buona fede, al quale, soltanto la legge conferiva la percezione dei frutti: *Eos qui bona invasissent quae scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent* (1).

§ 82.° Se durante il possesso temporaneo, alcuno provi di avere avuto al tempo da cui parte la presunzione di assenza, un diritto prevalente, od uguale a quello del possessore, può escludere questo dal possesso o farvisi associare; ma non ha diritto ai frutti se non dal giorno della domanda giudiziale (art. 32). Per tal modo mentre si rispetta il diritto di coloro che non presero parte nel primitivo giudizio di dichiarazione dell'assenza, non si turbano quelli di coloro che già furono immessi nel possesso provvisorio con indiscrete domande di rendiconto per lo tempo passato. D'altronde se ritornando l'assente non ha diritto alla totalità delle rendite, ma ad una parte soltanto, non era giusto di concedere i frutti al terzo che si presenta per esercitarne i diritti.

§ 83.° Se durante il possesso temporaneo l'assente ritorna, o viene provata la sua esistenza, cessano gli effetti della dichiarazione di assenza, salvo ove sia d'uopo, le cautele di conservazione e di amministrazione del patrimonio stabilite dall'art. 21. I possessori temporanei dei beni debbono farne restituzione con le rendite a norma dell'art. 31 (art. 33).— Qualora, durante il possesso temporaneo, venga a provarsi il tempo della morte dell' assente, la successione si apre a vantaggio di coloro che a quel tempo erano suoi eredi legittimi o testamentari, o dei loro possessori; e coloro che hanno goduto i beni, sono tenuti a restituirli con le rendite a norma dell' art. 31 (art. 34). Dopo la immissione temporanea nel possesso dei beni, chiunque ha ragioni da far valere contro l'assente, deve proporle contro coloro che hanno ottenuto l'immissione in possesso (art. 35).

§ 84.° In ordine ai rapporti dei singoli immessi nel possesso temporaneo fra loro, l' immissione opera l' apertura della successione. Ciascuno di essi può quindi domandare contro l'altro la divisione del patrimonio dell'assente; ma la divisione non potrebbe essere conside-

(1) L. 25 § 2 Dig. de haered. petitione.

rata che come provvisoria da cangiarsi in definitiva soltanto dopo mutata la natura del loro possesso da provvisorio in definitivo. Se poi la divisione fosse stata fatta dagl'interessati a solo titolo provvisionale, è indubitato di potersi innoltrare dagli stessi l'analoga domanda per divisione definitiva.

§ 85.° Rispetto ai rapporti degl' immessi nel possesso temporaneo con i terzi, la dichiarazione di assenza opera l' apertura provvisoria della successione dell' assente, nel senso che i beni posseduti da lui nel giorno in cui scomparve o al quale risalgono le sue ultime notizie, si considerano di fronte ai terzi come trasferiti a titolo di successione. Siccome però codesta trasmissione non ha luogo che sotto la condizione risolutiva del ritorno dell'assente o dell'accertamento della sua morte, non opera la confusione del patrimonio dell' assente con quello di coloro che sono stati immessi nel possesso provvisorio dei suoi beni.

SEZIONE II.

DELLA IMMISSIONE NEL POSSESSO DEFINITIVO DE' BENI DELL'ASSENTE.

§ 86.° Per ridonare alla libera circolazione i beni, e determinare inalterabilmente i diritti degli abili a succedere, era d'uopo fissare un termine dopo il quale il possesso provvisorio si cangiasse in diffinitivo, ed esimesse gl' immessi in quel possesso dalle molestie di una più lunga contabilità ed amministrazione. L'assenza suppone la incertezza della vita e della morte; ma quando un notevole numero di anni sia trascorso da far reputare il ritorno dell'assente un caso straordinario, lo interesse sociale reclamava dal legislatore diffinitivi provvedimenti.

§ 87.° L'immissione nel possesso diffinitivo dei beni dell' assente, non si opera di diritto, ma dev'essere dimandata, ed ha luogo in due casi:

1.° Quando l'assenza fu continuata per lo spazio di trent'anni dopo la immissione nel possesso temporaneo, o se sono trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente e le ultime notizie di lui risalgono almeno a tre anni addietro, il tribunale, su l'istanza delle parti interessate, pronunzia la immissione nel possesso definitivo e dichiara sciolte le cauzioni e cessate le altre cautele che fossero state imposte (art. 36). La immissione nel possesso definitivo si fonda su la presunzione della morte dell' assente, la quale prevale su quella della vita nella mancanza di sue notizie per trentatrè o trentasei anni nel primo caso, e nel secondo caso a motivo della età centenaria dell'assente che in generale si considera come il più lungo periodo della vita umana. S'intendono per persone interessate tutte quelle alle quali è accordata la facoltà di farsi immettere nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, ovvero nell'esercizio provvisorio dei diritti subordinati alla condizione

della di lui morte. Nulla poi rileva che taluna fra le persone che domanda il possesso definitivo si trovi immessa nel possesso provvisionale, purchè abbia un diritto uguale rispetto a quello dei possessori.

2.° Se sieno trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente e le ultime notizie risalgono almeno a tre anni addietro. Nulla rileva che i cento anni si compiano prima o dopo la dichiarazione di assenza e l'immissione nel possesso temporaneo; ma nel primo caso deve essere premessa la dichiarazione di assenza (art. 38). Nulla rileva inoltre che i tre anni a cui devono risalire le ultime notizie dell' assente, siensi compiuti prima dei cento anni della sua vita o si compiano dopo.

§ 88.° La immissione nel possesso definitivo produce i seguenti effetti: 1° scioglie le cauzioni e fa cessare le altre cautele che fossero state imposte, come nomine di amministratori, sequestro di rendite o deposito delle stesse; 2° fa cessare ogni vigilanza di amministrazione ed ogni dipendenza dall'autorità giudiziaria (art. 37); 3° conferisce a coloro che ottennero l'immissione nel possesso provvisorio la facoltà di procedere a divisioni definitive e disporre liberamente non solo a titolo oneroso, ma eziandio a titolo gratuito; gli eredi insomma non sono più considerati come semplici depositarii, ma quali veri ed assoluti proprietarii dei beni dell'assente, e con la pienezza dei diritti annessi a codesta qualità.

§ 89.° Se però dopo la immissione nel possesso definitivo l'assente ritorna od è provata la sua esistenza, egli ricupera i beni nello stato in cui si trovano, e ha diritto di conseguire il prezzo di quelli alienati, ove sia tuttora dovuto, od i beni nei quali sia stato invertito (art. 39). Egli è principio giustissimo che la proprietà acquistata dagl'immessi nel possesso definitivo sia risolubile pel ritorno dell'assente. Epperò se costui non potrà rivendicare i beni che si trovano presso i terzi acquirenti, per essersi presentato dopo i periodi lunghissimi fissati dalla legge, almeno ripiglierà quelli esistenti, od il prezzo che per avventura fosse dovuto ai venditori. Anche secondo il diritto romano il curatore dei beni dell' assente era tenuto al rendimento dei conti, allorchè l' assente ritornava. Che se poi fossero decorsi cento anni dalla nascita dell'assente, talchè avesse avuto luogo l' azione di petizione della eredità, pure nel caso che ricompariva ricuperava i suoi beni per la nota massima di non riconoscersi eredità di uomo vivente: *Neminem pro haerede gerere posse, vivo eo cuius in bonis gerendum sit, Labeo ait* (1).

§ 90.° Un caso facilissimo ad avvenire è quello in cui lo assente avesse dei figli o discendenti, la cui esistenza durante i lunghi periodi della legge non fosse conosciuta. Allora non era giusto che fossero spogliati da altri congiunti meno intimi dell'assente. Ecco perchè la legge stabilisce che i figli e i discendenti dell'assente possono egualmente entro i trent'anni dal giorno della immissione nel possesso definitivo,

(1) L. 19, 27 e 82 Dig. de acquir. vel omitt. haered.

far valere i diritti che loro competono sui beni dell' assente secondo le norme stabilite nell' articolo precedente senza essere tenuti a provarne la morte (art. 40). Per tal modo si elimina la quistione che s'impegnava sotto i codici anteriori, se cioè poteva l' assente essere rappresentato, e su la quale erano diverse le opinioni dei dotti. Oggidì coerentemente all'articolo 100 del codice albertino si è dichiarato che in regola generale non si rappresentano le persone viventi; ma si fa eccezione per le persone *assenti* od incapaci di succedere (art. 734). Ecco perchè i figli o discendenti nella ipotesi della quale trattasi non sono tenuti a provare la morte del padre o del loro autore.

§ 91.° L' azione a favore dei detti figli o discendenti dell'assente giusta l'art. 40, non sarebbe ammissibile, laddove sieno trascorsi trent'anni dopo la definitiva immissione in possesso, poichè allora la prescrizione avrebbe operato i suoi effetti (art. 2135). L'ordine pubblico al quale deve cedere il privato non permette la incertezza della proprietà per un periodo di tempo al di là di sessantatre o sessantasei anni, per l'aggiunta di quelli dell'assenza presunta, quanti sarebbero trascorsi dal dì dell' allontanamento dell' assente. Tuttavolta è generale opinione che la prescrizione non decorrerebbe durante la età minore dei figli o discendenti dell' assente per la nota massima *contra non valentem agere non currit praescriptio*, e noi non abbiamo motivo di giudicare diversamente in mancanza di un espressa disposizione che deroga alla regola ordinaria della prescrizione.

§ 92.° Se dopo l' immissione nel possesso definitivo viene provato il tempo della morte dell'assente, coloro che a quel tempo sarebbero stati di lui eredi o legatarii, od avessero acquistato un diritto in conseguenza della morte, od i loro successori, possono proporre le azioni loro competenti, salvi ai possessori i diritti acquistati con la prescrizione e gli effetti della buona fede riguardo ai frutti percepiti (art. 41). Suppongasi che nel caso della scomparsa di un individuo viva un fratello capace di succedergli, e che perciò ottiene il possesso provvisorio dei beni dello scomparso, e poscia il possesso definitivo. Se poi al tempo della morte accertata dell' assente non più esiste il germano ovvero è divenuto incapace, ma siavi uno zio od un cugino, questi o quegli potrà domandare la successione dell'assente con l'azione di petizione della eredità esperibile in trenta anni computabili dal possesso definitivo.

§ 93.° Quanto al procedimento da tenersi per ottenere l'immissione nel possesso definitivo, questa deve essere dimandata al tribunale competente che è quello stesso che ha diritto di ordinare i provvedimenti nell'assenza presunta, e l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell' assente (art. 36). Il tribunale provvederà in camera di consiglio allorchè sonovi eredi legittimi, e con la forma stabilita per i giudizii sommarii quando la immissione nel possesso definitivo ha luogo senza il loro intervento (art. 794 cod. proc. civ.). Il tribunale prima di pronunziare l'immissione nel possesso definitivo deve consta-

tare la continuazione dell'assenza con opportuni mezzi d'istruzione, avvegnachè potrebbero essere sopravvenute notizie dell' assente che gli immessi nel possesso temporaneo tengono nascoste, e che impedirebbero ogni ulteriore prosieguo del giudizio.

SEZIONE III.

DEGLI EFFETTI DELL'ASSENZA RIGUARDO ALLE RAGIONI EVENTUALI CHE POSSONO COMPETERE ALL'ASSENTE.

§ 94.° Diconsi *ragioni eventuali* quelle relative a semplici speranze, e la cui attuazione dipende da eventi futuri ed incerti. Sono loro contrapposti i *diritti certi*, la cui esistenza è reale ed il cui esercizio dipende da noi. Le ragioni o i diritti eventuali di cui qui dobbiamo discorrere sono quelli enunciati dalla legge e dipendenti dall'esistenza della persona assente. In conseguenza è stabilito che niuno è ammesso a reclamare un diritto in nome di persona di cui si ignori la esistenza, se non provi che essa esisteva quando quel diritto è nato (art. 42). Se quindi l'erede di un assente dimanda la immissione in possesso della successione di un parente morto, di cui l' assente era erede, deve provare che costui viveva quando si aprì la successione e che questa gli era devoluta. Del pari se un creditore di un assente pretende che il suo debitore ha diritto ad una successione apertasi dopo la sua assenza, deve provare la esistenza di questo nel tempo dell'apertura della successione. La legge servendosi della espressione di persona di cui s'ignora la esistenza contempla non già le persone non presenti, ma i veri assenti o presunti o dichiarati tali. Il motivo si è che per poter succedere è necessario esistere al momento in cui si apre la successione (art. 724), e che ogni disposizione testamentaria diviene caduca, se quegli in favore di cui è stata fatta non sopravvive al testatore (art. 890). Ecco perchè è d'uopo di una prova per parte del reclamante il diritto competente a persona assente, senza della quale la dimanda è respinta, poichè *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (1); *quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (2).

§ 95.° In conseguenza dello stesso principio aprendosi una successione alla quale sia chiamata in tutto od in parte una persona della cui esistenza non costi, la successione sarà devoluta a coloro coi quali tale persona avrebbe avuto diritto di concorrere, od a quelli a cui spetterebbe in sua mancanza, salvo il diritto di rappresentazione: — Coloro ai quali in sua mancanza è devoluta la successione, devono far procedere all'inventario dei beni mobili ed alla descrizione degl'immobili (art. 43). Se ad esempio un padre avesse lasciato tre figli, due quali presenti ed uno assente, i due primi raccoglierebbero tutta la suc-

(1) L. 2, Dig. de probationibus.
(2) L. 21 Dig. eod. tit.

cessione; ma se il terzo avesse dei figli od altri discendenti prenderebbero costoro quella terza parte dovuta al loro autore assente per effetto del diritto di rappresentazione riconosciuto a loro favore dal novello codice italiano; il quale contrariamente a quello che era stabilito nei codici anteriori permette di rappresentarsi l' assente (art. 734). Solo il codice albertino da cui è tratta la rettifica dell'articolo sanciva che i discendenti della persona assente erano ammessi a rappresentarla come se fosse defunta, nei casi e secondo le regole della rappresentazione in materia di successione (art. 100). La stessa regola sarebbe osservata nel caso di un legato lasciato a più persone, una delle quali sia assente; esso sarà raccolto dai presenti in quanto godono del diritto di accrescimento, e rimasto ad un solo che si trovi assente, considerato siccome caduco fin dal tempo dell' apertura della successione, tornerà a profitto degli eredi.

§ 96.° Le disposizioni dei due precedenti articoli non pregiudicano la petizione di eredità, nè gli altri diritti che spettassero all' assente od ai suoi rappresentanti od aventi causa; questi diritti non si estinguono se non dopo decorso il tempo stabilito per la prescrizione (art. 44). L'esercizio dell'azione di petizione di eredità e l' esercizio degli altri diritti possono farsi quando l'assente si presenti o ne sia provata l' esistenza nel tempo che si aprì a suo favôre la successione o quando nacquero i diritti. L' azione di petizione della eredità e l' esercizio degli altri diritti sono regolati dal diritto comune, e quelli ai quali fu devoluta la successione non sono tenuti alla restituzione dei frutti ove li abbiano goduti in buona fede (art. 45). Da ultimo lo assente come i suoi rappresentanti o aventi diritto devono rispettare non solo gli atti di amministrazione fatti dai possessori e che non implicassero quistioni di dominio, ma anche le alienazioni fatte a titolo oneroso a favore dei terzi in buona fede. Egli è possessore di buona fede colui che possiede come proprietario in virtù di un titolo abile a trasferire il dominio, come una vendita, una donazione, ec. e di cui ignora i vizi. Secondo il diritto romano chi adiva una eredità devoluta a persona assente, ma non domandata dal curatore dei beni, nel caso che l' assente ricompariva, poteva essere obbligato a restituire i frutti esistenti ed anche il valore di quelli in buona fede consumati, quante volte lo avessero reso più ricco (1).

CAPO IV.

Della cura e tutela dei figli minori dell'assente.

§ 97.° Intenta la legge a completare le provvidenze circa le persone degli assenti, determina le regole per la cura e tutela dei figli minori dell' assente, e stabilisce che se il presunto assente lascia figli in

(1) L. 22, 23, 36, 40 e 75 § 11 e 15 Dig. de haered. petit.

età minore, la loro madre assumerà l'esercizio della patria potestà a norma dell'art. 220 (art. 46). Le nostre leggi civili del 1819 riconoscendo la qualità di tutore nel coniuge superstite, per rispetto ai figli minori dell'assente parlava di cura e di esercizio dei diritti relativi alla educazione. Il novello codice riconoscendo invece la rappresentanza legittima della madre nel caso di morte del marito e viceversa, concede il pieno esercizio della patria potestà alla moglie anche nel caso di assenza del marito.

§ 98.° Se poi la madre non è vivente allorchè si verifica la presunzione di assenza del padre, o muore prima che l' assenza sia dichiarata, o è nell'impossibilità di esercitare la patria potestà, la cura dei figli verrà dal consiglio di famiglia conferita agli ascendenti prossimi nell'ordine stabilito dall' articolo 244, ed in mancanza di questi ad un tutore temporaneo (art. 47). Il consiglio di famiglia dee conferire la tutela agli ascendenti, comunque costoro sono per legge tutori legittimi, avvegnachè se codesta tutela era riconosciuta nel caso di morte, non la si poteva estendere all' assenza che suppone una semplice incertezza su la vita dell' individuo scomparso. Egli è vero che per argomentazione potea ciò intendersi; ma non sapremmo dire inutile la disposizione della legge che tanto dichiara per eliminare ogni dubbio.

Secondo la romana legislazione la educazione dei figli nel caso di assenza poteva affidarsi a quello tra i congiunti che il magistrato reputava più capace (1).

Del matrimonio contratto dal coniuge dell'assente.

§ 99.° Nel diritto romano era stabilito che la donna poteva maritarsi nell' assente ossia non presente. Ma se essa era la non presente non poteva essere sposata, poichè sarebbe mancata la così detta *deductio in domum viri*, che era la cerimonia essenziale del matrimonio dei Romani (2). Se intanto sposando l'assente costui non fosse ricomparso per un triennio, ed in seguito per un decennio intero poteva contrarre altri sponsali (3). Non così per la moglie che doveva aspettare un quatriennio prima di passare a seconde nozze, qualora il marito si trovasse in cattività presso gl' inimici, giusta la Nov. 22, che Leone rivocò con la Nov. 33, disponendo che non si avesse potuto contrarre altro matrimonio, *nisi plane certum nuntium mortis mariti mulier acceperit*. La qual legge fu dal diritto canonico confermata (4).

Nell' antico diritto romano la cattività di uno dei coniugi scioglieva il matrimonio, allorchè non costasse della sua vita e della sua dimora

(1) L. 1 e 2 cod. ubi pupill. educar. deb. Novella 22. cap.38, e l. 1 e 5 Dig. eod. tit.
(2) L. 45 Dig. de ritu nupt in fine; de divort., l. 12 de captiv. 16 e 56 de soluto matrim.
(3) L. 2 Cod. de repudiis.
(4) Decret. cap. 19, n. 8, l. IV de spons.

e quando mancassero notizie di lui. Giustiniano con la Novella 22 stabilì che se la prigionia era durata cinque anni e vi fosse incertezza su la vita del prigioniero, l'altro coniuge poteva *sine periculo* rimaritarsi: *Post quod sive manifestum fiat de morte, sive incertum maneat, nubere licebit sine periculo*. Lo stesso Giustiniano in seguito con la Novella 117 rescrisse di non esser lecito il rimaritarsi se non dopo la pruova della morte per testimoni e per documenti, e dopo l'elasso di un anno dal dì della compilazione di tali prove. In ogni caso ricomparendo il coniuge cattivo aveva diritto di reclamare la sua consorte.

Il codice francese nell'art. 139 stabiliva che l'assente il di cui consorte contrattò un altro matrimonio sarebbe egli solo ammesso ad impugnare questo matrimonio o personalmente o per mezzo di un procuratore munito della pruova della sua esistenza.

Le nostre leggi civili del 1819 soppressero una tale disposizione per le conseguenze erronee alle quali dava luogo, potendosi i coniugi presenti credere facultati di contrarre matrimonio novello pel solo stato di assenza dell'altro coniuge.

Il codice italiano dichiara che il matrimonio contratto dal coniuge di un assente non può essere impugnato finchè dura l' assenza (art. 113). Con questa disposizione non viene certo autorizzato il secondo matrimonio durante lo stato di assenza, poichè sciogliendosi il matrimonio con la sola morte bisogna presentar di questa la pruova, onde il coniuge superstite possa rimaritarsi. Nondimeno si è creduto inutile turbare la pace delle famiglie nella incertezza della morte del primo coniuge, e quindi si è sospeso il giudizio di nullità, potendo riuscire inutile, laddove invece di presentarsi l'assente, si ha notizia della sua morte o non si avvera il ritorno di lui.

§ 100.° Chiunque poi essendo unito in matrimonio legittimo, ne contrae un secondo, non ancora disciolto il primo è punito con la pena della relegazione non minore di anni sette; salve le pene maggiori nei casi di falso. È punito con la stessa pena colui che, sebbene non coniugato, scientemente si unisce in matrimonio ad una persona coniugata (art. 488 cod. pen.). E poichè l'assenza è ben lungi di essere causa di scioglimento di matrimonio, il pubblico ministero potrebbe a nostro avviso procedere, malgrado l'art. 113 cod. civ. contro colui che durante l'assenza dell'altro coniuge ha contratto un secondo matrimonio legittimo, dinanzi l' uffiziale dello stato civile con le forme prescritte dalla legge. La sola buona fede potrebbe liberare il coniuge rimaritato dalla pena, ove fosse stato malamente informato della morte del consorte, qualora le prove all'uopo raccolte, credute per indubitate, lo avessero spinto al secondo matrimonio.

TITOLO IV.

DELLA PARENTELA E DELLA AFFINITA'.

§ 101.° Lo stato delle persone è duplice, cioè di cittadinanza e di famiglia. Epperò avendo noi trattato del primo, l'ordine delle idee esige che del secondo ci occupassimo. Le regole che riguardano la parentela e l'affinità, e che determinano la computazione civile dei loro gradi sono state con savio accorgimento collocate, a simiglianza del codice civile austriaco, accanto al titolo del matrimonio col quale hanno naturale e stretta relazione; mentre nei codici anteriori avevano sede meno opportuna nel titolo delle successioni, comunque in verità sieno pure collegate con le leggi successorie. Infatti se la parentela e l'affinità sono basi regolatrici dell'ordine delle successioni legittime, sono anzitutto vincoli della famiglia, e danno norma a molte disposizioni sul matrimonio, su la tutela e su la interdizione (1). Non mancarono taluni, i quali notarono all'epoca della discussione del codice civile, e tra costoro il senatore Niutta, che riusciva inutile ogni statuizione legislativa su la parentela, appartenendosi alla dottrina e non alla potestà legislativa il determinare le regole della parentela rivelata dalla stessa natura; ma siccome vi sono diversi modi di computare i gradi di parentela, era giusto che il legislatore avesse indicato il sistema che da lui si adottava.

§ 102.° La parentela è il vincolo fra le persone che dipendono da uno stipite comune (art. 48). Essa è il legame di sangue o della famiglia o di ambedue insieme. È *naturale*, *civile* o *mista*. La prima dicesi *cognazione* dalla voce latina *cognatio*, come quella dei figli naturali rispetto ai loro genitori, la seconda dicesi *agnazione* dal latino *agnatio*, come quella che deriva dall'adozione, la terza esiste tra figli di matrimonio legittimo.

§ 103.° La prossimità della parentela si stabilisce secondo il numero delle generazioni. Ciascuna delle generazioni forma un grado (art. 49): *Tot gradus, quot generationes*, ovvero *generata persona, gradum adiicit*.

§ 104.° Nella parentela debbesi distinguere la *linea* ed il *grado*. La serie dei gradi forma la linea. Il grado è la distanza di un parente dall'altro. La linea è *retta* se abbraccia l'ordine e la serie degli ascendenti e discendenti. È *trasversale* o *collaterale* quando abbraccia l'ordine e la serie di quelle persone che hanno uno stipite comune senza discendere le une dalle altre. La linea retta si distingue in discendente ed ascendente: i Romani la dicevano ascendentale e discendentale ed anche superiore ed inferiore. La prima lega lo stipite comune con quelli che ne discendono; la seconda lega una persona a coloro dai quali essa discende (art. 50).

(1) Relazione della commissione del Senato, fatta dal senatore Vigliani.

§ 105.° Nella linea retta si computano altrettanti gradi quante sono le generazioni, non compreso lo stipite (art. 51). Quindi il padre ed il figlio sono nel primo grado, poichè una è la generazione, il nipote e l'avo in secondo grado, perchè sonovi due generazioni, e l'avo ed il pronipote in terzo, per esservi tre generazioni. — Nella linea collaterale i gradi si computano dalle generazioni, salendo da uno dei parenti fino allo stipite comune, e da questo discendendo all'altro parente, non compreso parimente lo stipite (art. 51). Per effetto di questo calcolo, quando si vuole sapere in qual grado due fratelli sono parenti, si risale al padre comune, ed in questo modo si trovano tre persone, cioè i due fratelli ed il padre; ma siccome non dee computarsi lo stipite comune, così non rimangono che due persone, che compongono il secondo grado. Del pari per conoscere il grado di parentela tra lo zio ed il nipote, si ascende fino all'avo del nipote, il quale è padre dello zio e stipite comune, in tal modo si troveranno tre persone senza computare l'uno, epperò lo zio ed il nipote, sono parenti in terzo grado: ed al modo stesso calcolando si troveranno i cugini in quarto grado, i figli dei cugini rispetto agli zii cugini in quinto, ed i figli di due cugini tra loro in sesto grado.

I fratelli diconsi germani quando hanno comune il padre e la madre; sono uterini, detti ancora cognati, quelli che hanno comune la sola madre, e consanguinei allorchè hanno comune il solo genitore.

Il diritto canonico nella linea retta non differisce dal computo civile dei gradi di parentela; ma non così nella collaterale, ove fa distinzione tra la eguaglianza e disuguaglianza di essa. Epperò nella linea uguale ha luogo la regola: *Collaterales tot gradibus distant inter se quot a comuni stipite*. Nella linea disuguale ha luogo l'altra regola: *Tot gradibus distant inter se quot remotior distat a comuni stipite*. In conseguenza mentre per diritto civile, il fratello dista dalla sorella di due gradi, per diritto canonico dista di un solo; e così il nipote che si trova in terzo grado di parentela per legge civile, per diritto canonico si ritrova in secondo grado; e ciò perchè qui si computano le distanze dal ceppo comune; là si enumerano le generazioni.

§ 106.° La legge non riconosce il vincolo della parentela oltre il decimo grado (art. 48). Al nono grado proposto dal ministro, autore del progetto, parve preferibile il decimo che suppone due linee uguali, ed era già ammesso nelle leggi toscane del 18 agosto 1814 (art. 26). Il codice francese e le nostre leggi civili del 1819, estendevano fino al dodicesimo grado, la parentela legittima. Egli era giusto fissare un limite alla parentela, sia per la grave difficoltà di stabilirla nei gradi remoti, sia perchè la eccessiva distanza dei parenti rallenta per modo gli affetti e le relazioni da essa dipendenti, da non potere essere presa in alcuna considerazione dalla legge, sia per rispetto al matrimonio, sia per rispetto alla successione.

§ 107.° L'affinità è il vincolo fra un coniuge ed i parenti dell'altro coniuge, mentre i coniugi tra loro, cioè il vincolo coniugale, non

può dirsi nè parentela nè affinità, ma il più intimo, il più tenace dei legami, come quello da cui e i parenti e gli affini derivano. L'affinità qual relazione puramente civile non potrebbe avere nè linee nè gradi; nondimeno la legge a simiglianza della parentela determina che nella linea e nel grado in cui taluno è parente con un coniuge, è affine dell'altro coniuge. Così il suocero cioè il padre della moglie essendo parente a costei in primo grado, è affine al marito della figlia anche in primo grado; i fratelli essendo per diritto civile in secondo grado di parentela, nello stesso secondo grado di affinità sono i cognati, cioè la sorella della moglie ed il marito della propria germana; in terzo grado la moglie dello zio, e nel quarto grado di affinità quella del proprio cugino.

L'affinità non partorisce altra affinità; il che importa che il cognato di mia moglie, cioè il marito di sua sorella non è cognato a me, come lo è il di lei fratello o la di lei sorella.

L'affinità non cessa per la morte, anche senza prole, del coniuge dal quale deriva, salvo che per alcuni effetti nei casi specialmente determinati dalla legge (art. 52). Il vincolo dell'affinità essendosi generato dal matrimonio, non si distrugge con lo sciogliersi del vincolo coniugale. I casi poi determinati dalla legge in cui cessa l'affinità nei suoi effetti, sono quelli delle seconde nozze contratte dalla suocera, e dalla nuora, e nella mancanza della prole, non che per la causa di ricusazione del giudice, la quale, se la moglie è morta non sussiste allorchè manchi ogni prole superstite (art. 116 proc. civ.).

TITOLO V.

DEL MATRIMONIO IN GENERALE.

§ 108.° Il matrimonio può definirsi: *l'unione piena dell'uomo con la donna nel fine di aiutarsi a vicenda, di procreare i figli ed educarli, e dividere il comune destino.* Esso è il fondamento della società generale: *Principium et quasi seminarium reipublicae* (1).

Il matrimonio essendo uno stato di altissima importanza sociale e fondamento della famiglia, poichè la sorte fissa di questa e degl'individui che da essa derivano, non poteva essere sottratto dai civili ordinamenti. Epperò le leggi di tutti i popoli civili si occuparono di prescrivere le condizioni e le regole per la formazione dei matrimonii, senza abbandonarli giammai alla licenza delle passioni ed al capriccio dei contraenti. Il matrimonio fu posto inoltre sotto la speciale protezione della divinità, sia perchè venisse qual cosa sacra considerato, sia perchè del rispetto a quella dovuta partecipasse. Infatti anche prima che la luce del cristianesimo si fosse levata nel mondo, i popoli gentili non cre-

(1) Cicerone, de off. lib. 1 cap. 18.

devano legittimi i loro matrimoni qualora non fossero stati a piè dei loro numi celebrati.

Roma nei prischi tempi di sua gentilità non reputava legittimo il matrimonio, quello che non fosse celebrato appiè dell'ara di Venere o di Giunone riconciliatrice che alla coniugale unione presiedeva. La gente egizia non estimò del pari valido il connubio, laddove non venisse celebrato appiè della dea Iside; nè praticarono diversamente gli altri popoli gentili.

E quando la stessa Roma abbracciò il cristianesimo, non ritenne matrimonio válido, se non quello che con l'intervento del sommo Pontefice venisse celebrato. Senonchè di Roma antica è d'uopo ricordare com'essa nelle diverse epoche della sua storia riconobbe tre specie di matrimonii, l'uno detto per *confarreationem*, l'altro *per coemptionem*, il terzo per *usum*. Il primo istituito da Romolo e da Numa facevasi con grande apparato e si celebrava alla presenza del Pontefice con lo intervento di dieci testimoni. S'immolava una vittima e consacravasi una focaccia di puro fromento, che il sacerdote spezzava su la vittima e dava a mangiare ai coniugi per accennare ai vantaggi, dei quali era simbolo il pane, e che d'ora innanzi sarebbero comuni tra' coniugi. Codesto matrimonio era permesso ai soli patrizi, ma fu disusato sotto il regno di Tiberio. Il secondo matrimonio si celebrava alla presenza di cinque testimoni innanzi ai quali s'interrogavano gli sposi, e dopo le vicendevoli risposte affermative, s'immaginavano delle vendite finte per *aes et libram*. Si fingeva che il padre trasmetteva nelle mani del marito la propria figlia, la quale nell'andare in casa del marito portava tre monete l'una in mano, l'altra nelle calze, la terza nella borsa: con la prima comperava il marito, con la seconda i suoi penati, e con la terza l'ingresso nella casa maritale. Per tal modo la donna diveniva giusta moglie *iusta uxor* ed apparteneva alla famiglia del marito. Anche un tal matrimonio venne permesso ai soli cittadini romani, poichè gli stranieri contraevano il *matrimonium* propriamente detto ed i servi il *contubernium*. Il terzo, cioè il matrimonio per *usum* si contraeva col rimanere la donna un anno continuo nella casa maritale. In tal caso se per tre notti la donna non avesse altrove pernottato, vedeva un tal matrimonio legalizzato fin dalle leggi delle dodici tavole.

Egli è certo che il primo di detti matrimonii esprime uno stato di maggiore perfezione sociale; il secondo un principio di decadimento, perchè si sostituisce la stessa forma del trasferimento delle cose materiali al concetto politico e religioso del matrimonio; ed il terzo uno stato di società degradata, perchè ridotta a legittimare il concubinato dopo l'elasso di un breve termine.

In seguito tolta ogni distinzione fu a tutti permesso di contrarre il matrimonio secondo il rito della chiesa, la quale ebbe sempre parte nella sua celebrazione. Infatti dal sesto secolo i principi cominciarono a rinviare le cause matrimoniali al fôro ecclesiastico, allorchè si fosse trattato di dispute sul matrimonio *quoad vinculum*. Un tale uso si rendè

più frequente ai tempi di Carlo Magno in Occidente, e poscia s'introdusse anche in Oriente da Leone il sapiente. Codesta pratica si rese generale, e fino dal secolo VII si stabilì con la nuova disciplina che i principi nulla più statuissero circa i matrimoni, e che ne rilasciassero intera la cura al potere ecclesiastico. Fin d'allora si professò la dottrina che i matrimoni non solo dovevano essere legittimi, ma sacri ancora.

Ruggiero I. con la costituzione *sancimus* sotto il titolo de *matrimoniis contrahendis* negò la legittimità alla prole e la dote alle donne che contraevano matrimonii in difformità delle canoniche prescrizioni; e ciò fu confermato con altra costituzione di Federico II. distinta dalle iniziali *honorem nostri diadematis*. Ed anche Ferdinando IV. con l'Editto del dì 11 dicembre 1781 stabilì che tutte le cause di nullità di matrimonii e di sponsali si giudicassero dai giudici ecclesiastici.

In Francia pria della rivoluzione il matrimonio venia regolato non tanto dai principii del diritto, quando dagli usi, dalle ordinanze reali e dalle canoniche prescrizioni, per le quali non valeva matrimonio alcuno se pria non era seguito secondo forme prescritte dalla Chiesa.»

Ma dopo la solenne dichiarazione dei diritti dell'uomo in Francia, e quando si rivendicò la libertà di coscienza, tanto manomessa dalle legislazioni anteriori, e si fermò il principio della necessaria separazione del potere laico dall' ecclesiastico, il matrimonio fu ordinato dalla legge civile, indipendentemente dalle canoniche prescrizioni. Infatti, è detto nella dottissima relazione della Commissione del Senato, fu nel seno di quella grande rinnovazione sociale, mercè la quale l'umana ragione scossa da lungo sonno si emancipava dagli errori e dai pregiudizii accumulati da molti secoli, si formulò nettamente per la prima volta, e fece la sua prima comparsa nelle leggi laicali il concetto del *matrimonio civile* distinto dal matrimonio religioso, come la cosa principale si distingue dall' accessoria. Per matrimonio civile si è inteso quel matrimonio che, contratto nelle forme e secondo le prescrizioni della legge civile, produce senz'altro gli effetti civili consistenti nei rapporti della famiglia e della società. Accanto ad esso possono sussistere ed associarvisi forme religiose per libera volontà dei contraenti, giustamente desiderosi di invocare le benedizioni del cielo sopra l'atto più solenne della loro vita. Come la Religione non si occupa dell'atto della società civile, così questa si tiene estranea all' atto religioso. Lo Stato riceve ed accetta l'atto civile del matrimonio per gli effetti civili, e la Religione lo benedice e consacra coi suoi riti per gli effetti religiosi.

Questo sistema del tutto razionale, sancito dapprima nel codice civile del grande Napoleone, si estese con le conquiste del capitano riformatore a molte parti di Europa ed a tutta l'Italia continentale. Lo accolsero senza difficoltà i popoli e l' osservarono senza inconvenienti massime là dove le idee religiose non avevano sofferto la guerra e lo scompiglio cui soggiacquero in Francia. Si celebravano comunemente

i matrimonii innanzi agli uffiziali civili, e si benedicevano dai sacerdoti. Questo concorso non coatto, ma spontaneo del magistrato laico e del sacerdote nella celebrazione dei maritaggi, videro i nostri padri, e da esso è uscita l' attuale generazione. Si mantenne e dura in Francia questo sistema, non ostante i clamori di un clero avverso, non ostante il regresso che tenne dietro ad una restaurazione servile alla Chiesa nel 1814, e non ostante le censure che gli venivano mosse anche da uomini politici, che dopo aver perduta coi loro errori la causa della libertà nel loro paese, quella pure vorrebbero perdere della indipendenza civile.

Si mantenne ugualmente quel sistema in altri paesi cattolici che dalla Francia lo hanno ricevuto e specialmente nel cattolico Belgio, dove il dominante spirito religioso non impedì che esso fosse sancito in quella costituzione che nacque dal rivolgimento politico e cattolico del 1830.

Diversamente andava la bisogna nei piccoli Stati che si instaurarono nell'Italia alla caduta del primo Impero francese. Ognuno conosce come la nazione, confondendo ogni cosa nella giusta avversione al dominio straniero, ne distruggesse ciecamente tutte le opere anche le migliori.

Il matrimonio civile osteggiato dal clero, e inviso per la sua origine ai governi, veniva in tutta l'Italia ben presto abolito.

Nelle provincie napoletane dapprima un decreto del 16 giugno 1815 dichiarava nulli i matrimonii che non fossero celebrati secondo le norme del Concilio di Trento, e poscia nel 1819 una generale riforma della legislazione introduceva nel matrimonio un sistema misto di religioso e civile: dichiarava parimente la forma del detto concilio la sola legale e valida; prescriveva che al rito religioso dovesse precedere davanti all'uffiziale dello stato civile una promessa di matrimonio, la quale riceveva perfezione e forza civile dalla registrazione del successivo matrimonio religioso; non si occupava dei matrimonii dei non cattolici, perchè il culto cattolico era il solo riconoscimento dalle leggi di quel reame.

Nel ducato di Parma il codice civile del 1820 introduceva nel matrimonio un sistema somigliante al napoletano. In Piemonte, nella Toscana, negli Stati pontificii, nel ducato di Modena veniva nel 1814 ristabilito nella sua pienezza il matrimonio del diritto canonico. Posteriormente il codice civile albertino del 1837 ed il codice civile estense del 1851 non fecero che riferirsi intieramente alle leggi della Chiesa, quanto ai matrimonii dei cattolici, ed alle regole del culto professato dagli sposi, riguardo ai non cattolici. Lo Stato abdicava intieramente il suo potere e sottoponeva all'autorità religiosa l'atto fondamentale della società civile.

Nella Lombardia e nella Venezia, ricadute sotto il giogo della signoria austriaca, si faceva ritorno alle riforme Giuseppine. Il codice civile del 1815 trasportato dalla Germania regolava tutta la materia

del matrimonio e la sottoponeva ai giudici laici; però attenendosi quasi intieramente nella parte degli impedimenti al diritto ecclesiastico, e facendo dei ministri del culto gli uffiziali civili, adottava la forma religiosa del culto, qualunque fosse, dei contraenti; ai ministri che ricusassero di obbedire alle civili prescrizioni, minacciava gravi pene arbitrarie. È questo un altro sistema misto, che rendendo obbligatorio il rito religioso delle nozze, fa la religione e la coscienza serve alle leggi civili e si mostra del tutto indifferente in fatto di religione.

Tutti gli uomini schiettamente liberali, deploravano questo ritorno al passato e la rinnovata soggezione dello Stato alla Chiesa, la quale ben sentiva che, disponendo dei matrimonii, disponeva della famiglia, e stendeva sopra tutto il corpo sociale la sua autorità ed influenza, non tanto spirituale quanto temporale.

Quindi avveniva che, al sorgere della libertà in Italia nel memorando 1848, una delle riforme che venivano più caldamente domandate, era quella della legislazione sul matrimonio. Nel Piemonte dove per rara lealtà del Principe e per fermo proposito del popolo le libertà costituzionali concesse da un re magnanimo stettero salde, il Parlamento non tardò ad occuparsi di tale argomento. Un progetto di legge, dapprima promesso solennemente, e quindi presentato dal Governo otteneva l'approvazione della Camera Elettiva, ma recato in Senato veniva per pochi suffragi respinto: della quale repulsa si tenne come assai probabile il motivo che quel progetto non corrispondeva abbastanza nettamente al sistema del codice Napoleone, già conosciuto e praticato nelle provincie subalpine, come sopra si è detto.

Mentre la riforma matrimoniale falliva nel Parlamento subalpino, un migliore successo le toccava davanti al Gran Consiglio della repubblica del Cantone ticinese. Un codice civile del 1837 aveva colà regolato il matrimonio in senso affatto canonico, quanto agl' impedimenti, e riguardo alla forma, aveva prescritto che si dovesse celebrare secondo le regole e solennità della Chiesa cattolica. La influenza clericale allora prevalente nel Ticino aveva inspirata la parte matrimoniale di quel codice. Cessata questa influenza, il partito liberale ottenne che colla recente legge del 17 giugno 1855 forse emendato il titolo del matrimonio, e s' introducesse in quel Cantone il matrimonio civile distinto ed indipendente dal religioso.

Dopo la felice costituzione del regno d'Italia parecchi ministri della giustizia, aiutati da Commissioni speciali, posero mano a preparare un codice civile italiano. Fu unanime l'accordo nel proporre il matrimonio civile sulle basi del codice Napoleone. Si andò più oltre: in una nobile provincia distaccata dal dominio pontificio, nell' Umbria; l'egregio personaggio che fu mandato il primo a governarla con pieni poteri in nome del Re liberatore, vi promulgò una legge sul matrimonio civile, desumendola dal progetto di codice civile compilato da una commissione composta di insigni magistrati e giureconsulti delle diverse provincie d'Italia e presentato al Parlamento dall' onorevole mi-

nistro Cassinis. Giova qui il notare, che questo esperimento sortì felici effetti e non incontrò, per quanto consti, difficoltà od avversioni nella popolazione dell'Umbria, ancorchè lungamente soggettata, a tutti i pregiudizi religiosi di un governo sacerdotale.

In questo stato di cose ben era da attendersi, che il ministro il quale presentava al Senato un nuovo progetto di codice civile, vi proponesse il matrimonio civile puro e semplice. E ciò appunto contiene il progetto che esaminiamo. Le cose avanti esposte circa le fasi storiche del matrimonio civile in Italia e fuori, ben fanno palese, che la quistione intorno ad essa agitata con tanto ardore tra la podestà laicale e l'ecclesiastica, quanto è chiara e semplice nel campo dei principii puri del diritto e della scienza, altrettanto si affaccia complicata e scabrosa nel campo dei fatti e della opinione popolare generata da antiche costumanze e tradizioni religiose.

Consultando unicamente i dettami del diritto pubblico circa i limiti dei poteri dello Stato e della Chiesa e circa la libertà di culto e di coscienza, niuno è che possa dubitare pure un istante, che l'istituzione del matrimonio civile sia del tutto consentanea ai diritti non solo, ma ai doveri che ha la sovranità di regolare nei rapporti colla società civile tale materia, e che la stessa istituzione appieno rispetta le credenze e le pratiche della religione di tutti i cittadini senza distinzione di culto.

La religione, pura emanazione dello spirito umano, vincolo sacro dell'uomo col suo divino autore, rifugge naturalmente da ogni coazione: tutti gli atti che essa prescrive ai suoi credenti, non possono essere che spontanei e liberi. Se costretti, sono atti di profanazione e di brutta ipocrisia. Il maggiore oltraggio che far si potesse alla mite e fraterna religione di Cristo, fu al certo la tirannia dell'inquisizione e la barbarie dei roghi, adoperati per imporre la fede e i suoi atti esterni. Ebbene il legislatore civile che ponga la essenza del suo matrimonio in un rito religioso e fuori di esso, non riconosca valido vincolo coniugale, non esercita egli su le coscienze dei cittadini un assurda pressione, non li costringe ad un atto di religione, ancorchè ripugni alle loro credenze? Molto saviamente diceva a questo proposito l'illustre Portalis che, nel regolare il matrimonio, la legge civile non dee vedere che cittadini, come la religione non vede che credenti. Donde la conseguenza che il matrimonio civile deve sussistere affatto indipendente e disgiunto dal matrimonio religioso. Le forme del primo possono essere imposte o comandate: quelle del secondo debbono essere lasciate libere alla coscienza dei contraenti. Si accosteranno agli altari quegli sposi, che si sentono l'animo disposto a ricevere le sante benedizioni del loro sacerdote. Ma tutti i cittadini senza distinzione di culto o di credenza, si debbono sottomettere, per essere marito e moglie, in faccia alla società, alle norme e solennità che la legge civile prescrive (1).

(1) Relazione della Commissione del Senato, fatta dal Senatore Vigliani.

§ 109.° La novella legislazione italiana con ammirabile saggezza, mentre ha rivendicato allo Stato il diritto di regolare la società di famiglia, giusta richiedevano le alte ragioni del pubblico interesse, non ha turbata, ma rispettata com'era suo dovere, la libertà di coscienza del cittadino, potendo egli aggiungere al rito civile, il rito ecclesiastico che professa e celebrare il matrimonio dinanzi al ministro del proprio culto, o farne senza, se così gli attalenta.

Nondimeno l'essersi abbandonato all'arbitrio degli sposi di celebrare il matrimonio ecclesiastico, anche prima del matrimonio civile, ha prodotto serî inconvenienti, la di cui importanza reclama sollecite cure da parte del legislatore, deplorandosi donzelle sedotte, col solo matrimonio di coscienza o religioso, improduttivo di ogni effetto di leggi, e poscia abbandonate; ed unioni avvenute col solo vincolo ecclesiastico, le quali rispettate durante la vita degli sposi, vedonsi disconosciute dopo il decesso per le relazioni successorie, ed offrono il dolente spettacolo di donne, senza qualità di mogli, di figli senza legittimità ridotti alle dure condizioni della prole illegittima. E ciò mentre nella stessa Francia, dove il matrimonio è del pari basato sul concetto della separazione delle leggi della Chiesa da quelle dello Stato, s'impone la precedenza del matrimonio legittimo, e si fa un obbligo al ministro del culto, di non procedere alla celebrazione del matrimonio religioso, se non in vista dell'atto civile del matrimonio, conchiuso secondo le leggi dello Stato, siccome era stabilito ancora dalle nostre leggi civili del 1819. Or il codice novello su l'idea di un ossequio esagerato alla libertà dei contraenti e dei ministri del culto, non ha creduto imporre la precedenza della forma civile, e l'obbligo al ministro del culto sopra enunciato, fidando nel migliorato costume del popolo, di vedere eliminati i danni che ora si deplorano su la forma del matrimonio riconosciuta dalla legge.

Ma egli è bene agevole il rilevare la leggerezza di siffatti motivi. Quale libertà si toglie ai cittadini, soggettandoli ad una legge provvida, che sottrae i più inesperti tra loro ai più funesti disinganni? E quale libertà si toglie ai ministri del culto, ai quali, come cittadini dello Stato ed obbligati come tali alle leggi del loro paese, si chiede l'osservanza di prescrizioni, che non limitando funzioni del loro ministero, tendono ad assicurare lo stato di famiglia dei loro concittadini per liberarli dalle maggiori sventure dipendenti dalla mancanza od incertezza di quello stato? Egli è poi vano il dire doversi attendere dalla progrediente civiltà ed istruzione popolare, la cessazione dei gravi inconvenienti che ora si deplorano circa la celebrazione dei matrimonii ecclesiastici, non precedenti nè seguiti dal matrimonio civile; avvegnachè è massima abbastanza ovvia ed elementare che le leggi devono adattarsi alla istruzione del popolo, secondo lo stato di sua cultura nel tempo della loro pubblicazione, non già secondo lo stato avvenire, e della quale cultura non è sempre certo il progresso.

§ 110.° Il matrimonio civile accolto dal novello codice italiano

quantunque si forma col consenso delle parti manifestato nella forma prescritta dalla legge civile, pure non può considerarsi qual semplice contratto ordinario, non seguendo le leggi fissate per ogni altro rapporto giuridico in genere, specialmente per rispetto alle cause di estinzioni, avendo leggi proprie su tal riguardo, essendo una istituzione di altissima importanza sociale ed eminentemente morale. Infatti, dicea il Toullier, che il matrimonio deve la sua istituzione alla natura, la sua perfezione alla legge, la sua santità alla religione.

§ 110.° Il codice civile divide tutta la dottrina del matrimonio in dieci parti, le quali hanno per oggetto: 1° la promessa di matrimonio, e le condizioni necessarie per contrarre il matrimonio; 2° le formalità preliminari del matrimonio; 3° l'opposizione al matrimonio; 4° la celebrazione del matrimonio tra cittadini del regno; 5° il matrimonio dei cittadini in paese estero e degli stranieri nel regno; 6° le nullità del matrimonio; 7° le prove della celebrazione del matrimonio; 8° le disposizioni penali dirette a garentire l'osservanza delle leggi regolatrici del matrimonio; 9° dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio; 10° lo scioglimento del matrimonio e la separazione dei coniugi. Noi tratteremo ciascuna di codeste parti con lo stesso ordine della legge.

CAPO I.

Della promessa di matrimonio e delle condizioni necessarie per contrarlo.

SEZIONE I.

DELLA PROMESSA DI MATRIMONIO.

§ 111.° La promessa fra persone capaci di contrarre matrimonio, fu riconosciuta nella romana legislazione ed in quella di altri popoli sotto il nome di *sponsali*. Infatti i Romani distinsero gli sponsali dalle nozze; i primi erano una sola promessa di futuro matrimonio, ad annullar la quale bastava una lettera di ripudio da parte di un solo dei promessi sposi; le seconde erano il matrimonio legalmente conchiuso. Gli sponsali furono così detti perchè usavasi la formola della stipulazione: *Spondesne mihi aut illi uxorem futuram?* E dalla voce *spondeo* si chiamarono *sponsus* e *sponsa* i fidanzati (1). Nel settimo secolo di Roma per gli sponsali bastava il semplice consenso; e reputandosi come atti preliminari del matrimonio, non poteano aver luogo che tra individui capaci, e col consenso delle persone rivestite della patria potestà (2). Gli sponsali tuttochè obbligatorii in sul principio, poteano in seguito disciogliersi con la volontà espressa o tacita. La espressa aveva luogo quando inviavasi una specie di atto di divorzio: *conditio-*

(1) L. 2, 3 Dig. de sponsal.
(2) L. 12 § 1, 15 e 16 cod. tit.

ne tua non utor; la tacita quando decorsi tre anni dal giorno in cui la fidanzata era giunta alla età nubile, il fidanzato non chiedeva di menare a termine il matrimonio (1). Colui che senza giusta causa non voleva rispettar la promessa data, doveva restituire le arre al quadruplo. Sotto Leone, eccetto la stipulazione in contrario, la penalità fu ridotta al doppio. Il minore di venti anni restituiva le sole arre ricevute. Sotto certi rapporti gli sponsali facevano riguardare i fidanzati come sposi nei seguenti casi: 1° se il genitore moriva prima di celebrarsi il matrimonio, non faceva mestieri di un novello consenso (2); 2° il fidanzato poteva intentare un'azione per la ingiuria fatta alla fidanzata (3); 3° la fidanzata infedele era sottommessa alle pene dell' adulterio (4); 4° l'uomo fidanzato ad una giovinetta di dieci anni non era soggetto alle leggi del celibato.

§ 112.° Il codice italiano conformemente alle nostre leggi anteriori volendo garentire in un atto di tanta importanza la libertà del consenso fino a che il matrimonio non sia celebrato, non riconosce vincolo civile giuridicamente efficace nella semplice promessa; ed all'uopo determina che la promessa scambievole di futuro matrimonio non produce obbligazione legale di contrarlo, nè di eseguire ciò che si fosse convenuto pel caso di non adempimento della medesima (art. 53). Anche quando si fosse stipulata una penale, non sarebbe questa esigibile, non avendo voluto la legge coartare in tal modo la volontà dell' obbligato a contrarre piuttosto il matrimonio mal volentieri per esimersene; mentre è di sommo interesse che la società di famiglia si fondi sul libero consenso degli sposi. Nulla rileva poi che la promessa sia preceduta o seguita da illecita copula con o senza procreazione di prole; poichè se ciò rende grave il mancamento da parte dell' uomo specialmente, non può considerarsi sufficiente a dar forza ad una promessa che la legge destituisce di ogni efficacia giuridica per costringere al futuro matrimonio. Nondimeno chi seduce una giovane minore di anni diciotto sotto promessa di matrimonio non adempita, è punito, semprechè vi sia querela della parte, con la pena della multa e del carcere fino a tre mesi (art. 550 cod. pen.).

§ 113.° La promessa medesima non obbliga la parte che ha receduto senza giusto motivo a tenere indenne l'altra in genere de' danni interessi, essendo codesta obbligazione accessoria alla principale.

Nondimeno la legge obbliga la persona che senza giusto motivo si rifiuta di eseguire la promessa di risarcire l' altra parte delle spese fatte per cause del matrimonio progettato (art. 54). Per farsi luogo ad un tale obbligo devono concorrere tre condizioni. In primo luogo è d'uopo che la promessa sia fatta da individuo di età maggiore o dal minore autorizzato dalle persone il consenso delle quali è neces-

(1) L. 2, § 2, Dig. de divortiis e l. 2 cod. de repudiis.
(2) L. 4, cod. de spons.
(3) L. 15 § 24 Dig. de iniuriis.
(4) L. 13 § 3 ad leg. Iul. de adulteriis.

sario per la celebrazione del matrimonio, e quale autorizzazione è necessaria anche nel caso di minore emancipato, al quale sono consentiti gli atti di semplice amministrazione. Per maggiore di età s'intende la età ordinaria di anni ventuno, e non la eccezionale di venticinque che la legge richiede per contrarre il matrimonio, trattandosi di un obbligo nascente dal fatto dell' ingiusto rifiuto di mantenere la promessa, che può considerarsi un quasi delitto, cioè un atto volontario dal quale sono derivati danni ad un terzo.

In secondo luogo si richiede che la promessa sia stata fatta per iscritto, e non verbalmente, onde si abbia da una parte un segno che la promessa fu fatta con serietà, e dall'altra rimanga esclusa la prova testimoniale, con la quale potrebbero disvelarsi i segreti più gelosi delle famiglie. Tra le scritture private vanno senza dubbio comprese le lettere di corrispondenza scritte dalla persona che rifiuta senza giusto motivo di adempiere la promessa.

La legge equipara alla promessa fatta per atto pubblico quella che risulta dalle pubblicazioni ordinate dall'uffiziale dello stato civile; avvegnachè la richiesta che ne venne a lui fatta ed in seguito alla quale furono ordinate, induce una promessa formale di matrimonio fatta in atto pubblico, qual'è quello ricevuto dall'uffiziale dello stato civile (art. 54). Poco interessa che la richiesta venne fatta dalla parte da cui deriva la mancanza alla promessa o dal padre o da persona munita di speciale mandato, poichè la richiesta in quest'ultimo caso è fatta dal legale rappresentante del richiedente, e negli altri casi èvvi la ratifica della stessa fatta dalle persone del padre o del tutore.

Egli è poi generale opinione dei dotti, e noi non abbiamo ragione per avvisare diversamente, che stante la necessità della scrittura pubblica o privata, alla quale si equiparano le pubblicazioni ordinate dall'uffiziale dello stato civile, l'attore non sarebbe ammesso a provare la promessa del matrimonio progettato col mezzo dei testimoni, quando esistesse un principio di prova per iscritto, nè deferire al convenuto il giuramento, nè valersi della confessione stragiudiziale della parte avversa, alla quale la stessa legge nega ogni efficacia giuridica (art. 1359). Crediamo dovesse dirsi il contrario della confessionale giudiziale la quale per contrario fa piena fede contro colui che l'ha fatta (art. 1356) e non presenta l'inconveniente di svelarsi i segreti di famiglia, come potrebbe avvenire nel raccogliere la confessione stragiudiziale.

In terzo luogo si richiede che colui che ha fatto la promessa rifiuti di eseguire il matrimonio progettato senza giusto motivo (art. 54); poichè in tal caso a nulla sarebbe tenuto. Non avendo la legge enunciate le ragioni per le quali si può recedere, nè potendo nella immensa diversità dei casi tutte enumerarle, restano abbandonate alla saggia estimazione dei tribunali, i quali vedranno se vi sia stato o no giusto motivo di recedere dalla data promessa. La dottrina non lascia tuttavia d'indicare come causa di giusto rifiuto ogni mutamento sensibile avvenuto o scoperto rispetto alla persona od alla possidenza di alcuno

degli sposi; il quale mutamento se si fosse prima conosciuto non si sarebbe fatta la promessa. Tale sarebbe il niego di consenso da parte dei genitori od altri ascendenti, una condanna a qualunque pena afflittiva, un fatto denigrante la stima, una malattia certamente o probabilmente insanabile, e specialmente la dissolutezza alla quale si fosse abbandonata la persona con la quale si era il matrimonio progettato.

§ 114.° Le spese da doversi indennizzare sono quelle fatte per causa di matrimonio (art. 54) come quelle relative alle fatte pubblicazioni, alle dispense di età, od a quelle ottenute dalla potestà ecclesiastica per contrarre il matrimonio in taluni gradi di parentela, quelle per alloggi, per abbellimenti di case e simili; ma non entrerebbero tra le spese per causa di matrimonio gl'indennizzi per impieghi rinunciati o per cariche non accettate, o per donazioni subordinate alla celebrazione del matrimonio progettato, o per altri matrimonii svaniti e reputati più vantaggiosi.

Non si confondano le spese di cui trattiamo con le cose donate ed i regali di uso che sogliono scambiarsi durante le trattative di un matrimonio. Questi devono restituirsi perchè fatti con la tacita condizione del futuro matrimonio (art. 1068). E poichè le regole comuni pei mezzi di prova non hanno ricevuto alcuna derogazione sul riguardo, devono essere applicate con le distinzioni rispetto al valore secondo i principii generali.

Finalmente la domanda pel risarcimento delle dette spese dev'essere promossa, sotto pena di decadenza entro l'anno dal giorno in cui la promessa doveva essere eseguita (art. 54), cioè dal giorno che era fissato per la celebrazione del matrimonio. Qualora un tal giorno non fosse stato fissato, l'anno dovrà computarsi dal giorno che l'altra parte interpellata legalmente di eseguire la promessa vi si rifiuta.

SEZIONE II.

DELLE CONDIZIONI NECESSARIE PER CONTRARRE MATRIMONIO.

§ 115.° Le condizioni necessarie per contrarre matrimonio sono tre: cioè l'età degli sposi, il loro consenso e quello delle persone sotto la cui potestà o tutela si trovano.

§ 116.° L'età legale per contrarre il matrimonio era fissato dalle nostre leggi del 1819 conformemente al diritto romano a quattordici anni per gli uomini ed a dodici per le donne. Secondo il codice vigente è fissata per l'uomo a 18 anni compiti e per la donna a 15 (art. 55). La differenza di età fra due sessi va giustificata dallo sviluppo più precoce della donna. Questa età comunque sii alquanto superiore a quella in cui in talune provincie del regno si sviluppa la pubertà, cioè l'attitudine generale alla generazione, pure non sapremmo abbastanza commendarla, sia per l'interesse sociale di provvedersi al miglio-

ramento fisico delle generazioni, sia per la importanza stessa del matrimonio che richiede un certo stato di maturità, sia perchè assumendosi dagli sposi la posizione di capi di famiglia non è giusto che lo sieno in una età in cui sarebbe pericoloso di abbandonarli a loro stessi. Per tal modo ci siamo avvicinati al diritto francese, dove l'atto del matrimonio è del pari determinato a diciotto anni per gli uomini e quindici per le donne. Codesta età è necessaria, sia perchè sii raggiunto lo scopo del matrimonio che è la procreazione della prole, sia perchè interessa alla società che non si formino unioni premature, ovvero unioni imperfette che segnano la debolezza dei concepimenti ed alterano la vigoria delle persone.

In Francia fu osservato che gli enunciati periodi dell'età non convenivano per le provincie meridionali, e molto meno pei possedimenti delle Indie; epperò si lasciò al governo il diritto di accordare delle dispense per gravi motivi (art. 115 cod. franc.). E poichè simiglianti circostanze potevano aver luogo anche presso di noi, si è lasciata facoltà al re di ammettere in via di eccezione al matrimonio l'uomo dopo compiuti gli anni diciotto e la donna dopo compiuti gli anni dodici (art. 68).

Gli anni diciotto o quindici come quelli di quattordici o dodici nei casi di dispensa accordata dal re debbono essere compiuti; sicchè nel primo caso l'uomo e la donna non possono contrarre matrimonio che dopo cominciato il primo giorno del loro diciannovesimo o sedicesimo anno, e nel secondo caso dopo il primo giorno del loro quindicesimo o tredicesimo anno.

Il consenso necessario per contrarre il matrimonio dee essere valido, ed è tale allorchè non è viziato dalla violenza o dall' errore. Solo il dolo che è causa di nullità di tutti i contratti, non invalida il matrimonio, altrimenti lungi di assicurare allo stesso la necessaria stabilità, si sarebbe aperto il varco a giudizi arbitrarii su la istanza di alcuno degli sposi per speranze deluse od illusioni svanite. La violenza deve offrire i caratteri richiesti dalla legge, ed essere tale da fare impressione ed ispirare timore alla persona su la sua sicurezza o dei suoi stretti congiunti, ed esporre quella o questi ad un male irreparabile e presente. Il solo timore riverenziale non darebbe luogo a nullità di matrimonio per causa di violenza. Il ratto è uno degli atti più distintivi della violenza. Ai tempi di Giustiniano e di Carlo Magno formava un impedimento assoluto; e quindi non poteva aver luogo il matrimonio tra il rapitore e la rapita, quando anche questa ultima messa in libertà acconsentiva di sposare il seduttore. Il diritto canonico mitigando un tale rigore permise il matrimonio, quantevolte la rapita rimessa in luogo sicuro, vi consentiva: *Si mulier sit rapta, loco ne reddita tuto*. Il Concilio di Trento richiese la condizione che il rapitore per isposare la donzella dovea lasciarla in piena libertà. Il ratto violento allora veniva punito di morte, ed era perciò impedimento di ordine pubblico. Oggidì è nullità relativa da potersi ecce-

pire dallo sposo il di cui consenso non fu libero, non che dalle persone il consenso delle quali sarebbe stato necessario per contrarre il matrimonio; le quali possono anche scegliere la via penale; ma eletta la via civile, non possono riprendere la via penale (art. 7 cod. proc. pen.). L'errore può cadere su la individualità fisica di uno degli sposi, su la loro personalità civile e su le qualità di uno degli sposi; ma secondo noi il solo primo errore è causa di nullità del matrimonio, e si ha quando, come dicono i canonisti, *hic putatur Virgilius et est Pluto*. Giacobbe il quale sposò Lia credendola Rachele, avrebbe avuto il diritto di chiedere la nullità del matrimonio per causa di errore su la persona. L'errore su la personalità civile, come se uno si annunzia titolato o proprietario mentre non è tale, o per uomo onesto mentre è vizioso e diffamato per crimini, sono errori su le qualità del futuro coniuge, che possono conoscersi coi necessari scrupolosi informi che devono precedere il matrimonio, e non vi è bisogno che la legge soccorra quelli che troppo ciecamente stringono relazioni matrimoniali con persone poco note e sconosciute. Infatti è detto nella relazione del Senatore Vigliani, si è soppressa la parola *essenziale* con l'intendimento che il *solo errore* che cade su la *identità della persona* di uno dei contraenti dia luogo all'annullamento del matrimonio. « L'errore sopra qualunque qualità o fisica o morale o sociale della persona non dovrebbe mai costituire un motivo di nullità del matrimonio. È dovere di ogni contraente, massime in un atto di suprema importanza qual'è il matrimonio, l'informarsi accuratamente della qualità dell'altro contraente prima di accostarsi all'atto. Allorchè questo è compiuto e consumato sarebbe troppo pericoloso e sconveniente il permettere che per lo scoprimento di qualsivoglia qualità in uno degli sposi venga provocato l'annullamento del matrimonio ».

Il consenso dovendo essere libero ne viene che non possono contrarre matrimonio gl'interdetti per infermità di mente. Se poi l'istanza d' interdizione è soltanto promossa, si sospenderà la celebrazione del matrimonio finchè l' autorità giudiziaria non abbia definitivamente pronunziato (art. 61). Non sarebbero impediti gl' inabilitati sia per prodigalità, sia pure per vizio parziale di mente.

§ 117.° In terzo luogo è necessario alla validità del matrimonio il consenso di coloro dalla cui autorità la legge le dichiara dipendenti in riguardo al matrimonio. Il motivo di ciò si è che gl' individui di ambo i sessi si rinvengono abili alla generazione prima che l'età abbia fortificata in essi la ragione. Egli era necessario che nella età del fuoco delle passioni non fossero stati abbandonati a loro stessi; ma venga assegnata una guida che li dirigga nell'atto più importante della vita. Nelle antiche legislazioni si confidava ai magistrati codesto potere tutelare. La nuova legge con maggiore saggezza lo affida ai genitori od a coloro che ne tengono le veci. Senza curare le obbiezioni, dice Portalis, che costoro abusare potessero della loro potestà, la tenerezza li illumina, ed è più forte l'amore dei padri verso

la loro prole che di questa verso di loro. La voce della natura più fortemente risuona nel cuore dei genitori per eccitarli a bramare il bene dei figli in tempo che essi appena sanno desiderarlo per sè stessi. Lasciamo adunque che la legge riposi senza inquietudine su la natura.

In conseguenza delle idee espresse le leggi napolitane del 1819 conformemente alle francesi riconoscevano la necessità del *consenso* fino alla età di venticinque anni per l'uomo e ventuno per la donna, e dopo codesta età la necessità del *consiglio*, il quale per le ultime delle anzidette leggi era richiesto sempre qualunque età avesse avuto il figlio, e ciò come conseguenza dei rigorosi principii su la patria potestà. Anche per diritto romano qualunque età avevano i figli di famiglia, non potevano contrarre matrimonio senza il consenso degli ascendenti sotto la di cui potestà si ponevano. Ed ove codesti ascendenti si fossero trovati nello stato di demenza o di furore, i figli erano impossibilitati a contrarre matrimonio, eccetto se fossero stati prosciolti dalla patria potestà mercè lo istituto della emancipazione. Solo le donne quantunque emancipate non potevano contrarlo senza il consenso degli ascendenti.

Tanto il codice civile francese quanto le nostre leggi civili del 1819 permettevano ai figli, dopo la età di 25 anni pei maschi e 21 per le donne, di procedere al matrimonio, ove fosse stato loro negato il *consiglio*, dopo fatti i così detti atti *rispettosi*. Il ministro Vacca fece il quesito alla commissione destinata per coordinare il codice civile, se fosse utile di ristabilire quegli atti; ma la commissione si pronunciò per la negativa, perchè la esperienza nei paesi ove erano prescritti dimostrò che gli atti rispettosi lungi dal produrre buoni effetti, inaspriscono maggiormente gli animi ed allontanano i figli dal rispetto verso i genitori, e questi dall'affetto verso di quelli, e perpetuano le scissure di famiglia; quindi sembrò più conveniente che questi dissensi sieno oggetto di trattative private ed amichevoli per mezzo di parenti e di amici, anzichè di atti significati per mezzo d'usciere; nè parve serio il timore, che senza questi atti possa avvenire che il matrimonio dei figli avvegna a totale insaputa dei genitori, quando la legge prescrive che sia preceduto dalle pubblicazioni e da non poche altre formalità.

§ 118.° La novella legislazione in omaggio alla libertà del cittadino dopo che ha raggiunto un certo periodo innoltrato della sua età, si limita a richiedere il solo consenso da parte dei genitori per l'uomo fino all'età di anni venticinque e per la donna fino all'età di anni ventuno compiti (art. 63). La ragione della differenza tra due sessi è poggiata su lo sviluppo più precoce delle donne, e per agevolarle uno stato nell'epoca in cui le riesce più facile, qual'è quella della sua prima giovinezza.

§ 119.° Son chiamati a dare il consenso sudetto in primo luogo i genitori; ma nel caso di dissenso prevale l'avviso del padre (art·

Essendo uguale l'effetto e l'interesse dei genitori di vedere ben collocati i proprii figli, entrambi debbono essere chiamati a consentire ai loro matrimonii; ma essendo discordi, è giusto preferire lo avviso del padre come quegli che è al caso di meglio ponderarlo nell'interesse della sua prole. Ciò non toglie che il consenso della madre debba essere ricercato, giacchè in contrario avrebbe essa il diritto di opporsi al matrimonio del figlio, che non ha curato di consultarla nel procedere all'atto più solenne della sua vita. Invece contro il consenso dato o negato dal marito non potrebbe fare la moglie alcuna opposizione. Se poi uno dei genitori sia morto o impossibilitato a manifestare la propria volontà, basterà il consenso dell'altro sia costui il padre, sia la madre, tuttochè costei sia passata a seconde nozze. Rispetto al matrimonio del figlio adottivo che non ha compiuto gli anni ventuno, è necessario oltre il consenso dei genitori il consenso dell' adottante, (art. 63); e nel caso in cui fossero discordi non potrebbe aver luogo il matrimonio; salvo il richiamo alla corte di appello. Se il padre e la madre fossero morti o nella impossibilità di manifestare la loro volontà, i minori degli anni ventuno non possono contrarre matrimonio senza il consenso degli avi e delle avole; se l'avo e l'avola della medesima linea sono discordi, basta il consenso dell'avo. Il disparere tra le due linee equivale a consenso (art. 64). La impossibilità può risultare da causa legale, come l'interdizione sia giudiziaria sia legale e la perdita della patria potestà per espressa condanna penale, ovvero in seguito a giudizio del tribunale sulla istanza del pubblico ministero o dei parenti più prossimi (art. 233). Essa può anche dipendere da causa fisica come l'infermità mentale. Negli altri casi non preveduti dalla legge come di una impossibilità di fatto ovvero di matrimonio *in extremis*, spetta la decisione al competente magistrato.

Se non esistono genitori, nè adottanti, nè avi, nè avole, o se niuno di essi è nella possibilità di manifestare la propria volontà, i minori degli anni ventuno non possono contrarre matrimonio senza il consenso del consiglio di famiglia (art. 65).

§ 120.° Quanto al matrimonio dei figli naturali riconosciuti si richiede il consenso del padre, della madre e dell'adottante nei stessi termini, modi e condizioni richieste pei figli legittimi o legittimati (art. 66); ma se il riconoscimento fosse stato fatto da un solo dei genitori avrà egli solo il diritto di consentire al matrimonio del proprio figlio. Non potevasi come pei figli legittimi adottare pei naturali il consenso dell'avo, poichè codesti figli non estendono i loro rapporti di famiglia al di là del genitore dal quale ricevono l'esistenza. In mancanza di genitori viventi e di adottanti capaci di consentire, sarà dato il consenso dal consiglio di tutela. A questo consiglio spetterà pure di dare il consenso pel matrimonio dei figli naturali non riconosciuti, in mancanza di genitori adottivi (art. 66).

Per coloro che si trovano esposti nei pubblici ospizi spetta all'am-

ministrazione dell'ospizio di formare il consiglio di tutela senza intervento di pretore per consentire al loro matrimonio (art. 462). Presso di noi si provvedeva all'uopo col decreto del 7 aprile 1828, secondo il quale la commissione amministrativa dello stabilimento di beneficenza al quale l'esposto apparteneva, ovvero un componente dalla medesima destinato, era in diritto di dare o negare il consenso. Egli è utile di avvertire che il consenso si richiede dalle persone che ne hanno bisogno sieno o no emancipate e sia che trattasi di prime o di nozze ulteriori. Il consenso deve essere dato esente dai vizii dell' errore, della violenza e del dolo, e può essere prestato o personalmente avanti l'uffiziale dello stato civile, ovvero in forza di atto autentico (art. 81). Il consenso dev'essere speciale, cioè contenere la precisa indicazione tanto dello sposo al quale si dà, quando dell' altro col quale il matrimonio dee aver luogo. Il consenso poi del consiglio di famiglia e di tutela dev' essere dato mediante analoga deliberazione con le stesse indicazioni che la legge richiede nell'atto autentico degli ascendenti o degli adottanti.

Dato una volta il consenso, è generale opinione di rimanere rivocato dalla morte od impossibilità, sia fisica sia legale, come dalla rivocazione espressa, di colui che l' ha dato. Noi però abbiamo dei forti dubbii rispetto ai due primi casi.

§ 121.° La nuova legge italiana, in conformità delle leggi napolitane del 1819, colmando il vuoto della legislazione francese, prescrive che in caso d' ingiusto rifiuto del consenso da parte dei genitori, il figlio di età maggiore può far richiamo alla corte di appello (art. 67). Nell' interesse della figlia o figlio minore la legge accorda lo stesso diritto ai parenti, agli affini di qualunque grado ed al pubblico ministero senza verun ordine di preferenza (art. 67). Ma codesto diritto non può esercitarsi dal figlio o dalla figlia minore, a cui è stato rifiutato il consenso; perocchè da una parte mancano di capacità giuridica, dall' altra non è conveniente che eglino stessi insorgano contro le persone sotto l' autorità delle quali si trovano. Del resto è indifferente che essi abbiano bisogno del consenso dei genitori o degli ascendenti o dei consigli di famiglia o di tutela. Non diversamente era prescrito nel nostro antico diritto patrio, per lo quale contro l'ingiusto rifiuto del genitore era lecito di ricorrere al re, il quale presa cognizione di causa rivocava o confermava il rifiuto del genitore (1).

§ 122.° Nel caso di richiamo alla corte di appello la causa si porta a udienza fissa, e la corte provvede sentite le parti ed il pubblico ministero, senza intervento di procuratori nè di altri difensori. Il provvedimento della corte non conterrà motivi, ma si potrà solo farvi menzione del consenso che fosse dato davanti alla stessa corte (art. 67).

(1) Prammatica IX del 26 giugno 1871, *de matrimoniis contrahentis.*

Degl' impedimenti al matrimonio.

§ 123.° Gl'impedimenti al matrimonio sono *assoluti* o *relativi*. Si hanno i primi quando si è impedito di contrarre il matrimonio con chicchessia; si hanno i secondi allorchè si è impedito di contrarlo solo con determinate persone.

Gl'impedimenti assoluti sono il *vincolo di un precedente matrimonio*, l' *interdizione* e l' *impotenza*, escluso il voto sacro: i relativi sono il vincolo di parentela e di affinità, ed il reato.

§ 124.° Il vincolo di un precedente matrimonio è giustamente impedimento assoluto, non essendo consentita la poligamia o poliandria contemporanea, quali istituzioni anti-naturali ed anti-sociali; le quali sono di ostacolo alla educazione e procreazione della specie, e suscitano i maggiori dissidi nelle famiglie. Il primo matrimonio dev' essere legittimo, ovvero religioso soltanto o di coscienza, purchè contratto in epoca in cui la legge reputava validi questi ultimi matrimoni. Oggi non sarebbe così. Chi contrattà un primo matrimonio soltanto religioso, ove celebrasse un secondo matrimonio legittimo, non potrebbe temere di questo la nullità o la pena come bigamo, reputandosi quel vincolo insuscettibile di ogni effetto giuridico, ove non sia seguito o preceduto dal matrimonio civile. Se il precedente matrimonio venga oppugnato con l' azione di nullità, non può procedersi alla celebrazione del secondo matrimonio fino a quando l' autorità giudiziaria non abbia pronunciato definitivamente; avvegnachè nella eventualità che il matrimonio impugnato possa essere dichiarato valido, è ragionevole di sospendere la celebrazione di un altro matrimonio.

§ 125.° Altro impedimento assoluto è la interdizione, perchè all'interdetto è proibito di contrarre matrimonio con chicchessia. Avendo la legge limitato il divieto al solo interdetto per infermità di mente, non vi è compreso quello per condanna penale, essendo solo il primo incapace di comprendere la importanza dell' atto matrimoniale e di dare il consenso che è condizione essenziale pel matrimonio. Codesto motivo non cessa se non con la rivoca della sentenza di interdizione pronunciata nei modi di legge.

Diversamente dee dirsi della inabilitazione, la quale tuttochè profferita per parziale infermità di mente, non è di ostacolo alla celebrazione del matrimonio. Quanto poi al modo di regolare le convenzioni matrimoniali dell' inabilitato dee richiedersi il consenso del suo legale rappresentante, non che del padre e della madre ove non abbia raggiunto l'età di anni 25.

§ 126.° In terzo luogo costituisce assoluto impedimento la impotenza, la quale dev'essere anteriore al matrimonio, essendo solo in tal caso immorale, e mostra che la persona consapevole della sua inattitudine al matrimonio lo ha contratto ingannando la persona dell' altro coniuge. La impotenza posteriore o sopraggiunta dopo è una di quelle

sventure che devono essere tollerate dai coniugi, come avrebbero goduto dei vantaggi inattesi durante il loro matrimonio. La impotenza dev'essere manifesta, ed è tale quando apparisca dallo stato esterno come nel caso di mutilazione, o da tale vizio interno che rende incapace l'individuo alle funzioni della generazione. Non sarebbero tali quelle che dipendono da debolezza o frigidità della costituzione di uno degli sposi, le quali ove fossero state ammesse avrebbero dato luogo a giudizi arbitrarii e facilmente fallaci. Da ultimo essa è perpetua, allorchè non possa esser vinta dalla natura, nè per alcun modo cadere sotto il dominio dell'arte e guarire.

La prova va fatta con tutti i mezzi d'istruzione riconosciuti dalle leggi di procedura civile, specialmente con le perizie, e non sarebbe sufficiente la sola confessione delle parti; altrimenti potrebbe darsi luogo ad un divorzio consensuale che la legge punto non riconosce.

§ 127.° Per le leggi nostre del 1819 era inoltre proibito assolutamente il matrimonio a coloro i quali erano ligati da voto solenne o dagli ordini sacri (art. 162). Invece il codice francese non riconosceva i voti sacri come causa d'impedimento al matrimonio; epperò qualora gli ecclesiastici in divieto delle leggi del proprio stato lo avessero contratto rimanevano privati delle funzioni sacerdotali. Nondimeno siccome un tale matrimonio era abborrito dalla maggioranza dei francesi, ne fu proibita la celebrazione con lettera del ministro dei culti del 30 gennaio 1807 per quei preti comunicanti col loro vescovo e che avessero continuato o ripreso l'esercizio delle loro funzioni. Si abbandonò alla propria coscienza il fallo di coloro che l'avessero contratto. Le ragioni che al riguardo si addussero furono le seguenti: Si disse che un prete cattolico avrebbe molti mezzi di sedurre, se potesse ripromettersi di venire a termine delle sue seduzioni con un matrimonio legittimo. Sotto pretesto di dirigere le coscienze, cercherebbe di guadagnare e di corrompere i cuori, e di rivolgere a suo particolare vantaggio l'influenza che il suo ministero non gli accordava che per il bene della religione. Rispetto agli altri preti, si disse, che i loro matrimoni offrirebbero minori inconvenienti e scandalo minore. Presso di noi dopo la pubblicazione del codice francese avvenuta nel 1809 non mancarono esempi di ecclesiastici che il matrimonio contrassero; ma con altra legge posteriore fu un tale matrimonio espressamente proibito.

Nei primi tempi della chiesa era vietato come semplice impedimento proibitivo il matrimonio ai ministri del culto, sicchè esso era illecito, ma non colpito di assoluta nullità. E S. Agostino riprovò la sentenza di coloro, i quali avvisavano per la nullità del matrimonio delle vergini, con reputarlo adulterio. Anzi credeva il S. Padre della chiesa che permettendosi a quelle la separazione ed agli sposi un secondo matrimonio, sarebbero questi divenuti adulteri. Il primo vestigio d'impedimento apparve nel secolo undecimo, al riferir del Salzano, e propriamente in una Costituzione di Urbano II pubblicata nel 1090. Nel 1125 col

primo Concilio Lateranese si pubblicò un canone di poi confermato col secondo concilio lateranese tenuto nel 1139, col quale si stabilì per via di regola generale che l'ordine sacro ed il voto religioso non fossero più semplici impedimenti proibitivi, ma dirimenti ed assoluti. Codesta legge canonica fu eseguita in Francia esattamente e delle volte con pene rigorose, finchè non successe la rivoluzione del 1789. Di poi col concordato del 1802 il clero francese si sottomise alla Corte di Roma ed ai regolamenti ecclesiastici dalla medesima prescritti; ma non si dispose che il matrimonio proibito dalla chiesa lo dovesse essere pure dalla potestà civile. Epperò il codice Napoleone che era basato sul concetto della separazione delle leggi della chiesa da quelle dello Stato, non credè di occuparsene, come ha fatto il legislatore italiano, che fonda il matrimonio su lo stesso concetto di separazione, aggiungendo per dippiù che gli uffiziali dello stato civile non potranno ricusarsi di celebrare il matrimonio che per sole cause ammesse dalla legge (art. 98).

Nondimeno la giureprudenza dei nostri tribunali ha già offerto lo spettacolo poco edificante di ritenersi or valido, or nullo il matrimonio del prete. Avvisarono per la validità la Corte di appello di Genova con sentenza del luglio 1866 e quella di Napoli con sentenza del 22 febbraio 1869; per contrario dichiarò la nullità la corte di Trani con sentenza del 24 luglio 1867 e la Corte di Cassazione di Napoli con decisione del 27 luglio 1871.

§ 128.° Quanto a noi reputiamo che nella mancanza di un'apposita legge che riconosca il divieto, non possa crearlo il magistrato. Se nel nostro ex reame dove sarebbe stato un delitto il solo pensare che un prete potesse contrarre matrimonio, atteso il predominio dell'elemento religioso, il legislatore napolitano del 1819 si affrettò a sancire il divieto nelle sue leggi, quanto più doveva essere questo dichiarato in un codice basato sul rispetto della libertà di coscienza e di culto, che vede *cittadini* non *credenti*, e fonda il matrimonio sul concetto di separazione delle leggi della chiesa da quelle dello Stato? Codesta libertà giova alla morale pubblica ed alla pace delle famiglie, ed accresce la virtù degli ecclesiastici che osservano il voto di castità liberamente, e non per ingiunzione del legislatore civile; il quale d'altronde manca di competenza a loro riguardo, poichè avendo dinanzi cittadini e non credenti non può estendere la sua sanzione civile alle leggi ecclesiastiche imponenti il celibato sotto la minaccia della perdita delle funzioni annesse allo stato ecclesiastico, senza sconoscere la efficacia di quelle leggi e mostrare col fatto la loro insufficienza ove non si giovino della sanzione civile.

§ 129.° Nondimeno essendosi pubblicate le leggi del matrimonio civile a cominciare dal 1866, i matrimoni dei preti celebrati anteriormente sono nulli ed illegittima la prole nata prima di quel tempo.

§ 130.° Abbiamo detto che la parentela e l'affinità è impedimento relativo al matrimonio in quanto non permette il matrimonio con de-

terminate persone, ma per rispetto ad esse dee dirsi assoluto perchè induce la nullità del matrimonio contratto. Le cagioni di tali proibizioni, non sono siccome alcuni pretesero la necessità di incrocicchiare le generazioni, di moltiplicare le relazioni sociali e di attaccare l'uomo alla sua patria, mercè un gran numero di legami. Ed invero il primo motivo, cioè quello tratto dall'intreccio delle stirpi umilia l'uomo alla qualità di bruto, perchè lo sottomette ad una legge di razza, piucchè ad una legge basata su' principii morali. Gli altri due motivi, comechè prettamente politici non possono essere attesi, perchè variabili secondo le circostanze dei tempi, dei costumi e dei governi; mentre le cause di proibizione specialmente nella linea retta e nel secondo grado della linea collaterale, sono sì forti e sì naturali che hanno agito dapertutto, indipendentemente da ogni comunicazione di idee o di rapporti sociali, e non potrebbero essere suscettibili di dispensa, poichè non è in potere degli uomini di legittimare le contravvenzioni alle leggi inalterabili della natura.

I congiungimenti tra stretti congiunti sono avversi alla natura per lo invertimento che da essi promanerebbe dei diritti e doveri tra i componenti della famiglia, per lo sconvolgimento delle relazioni esistenti, e perchè non può esservi rapporto di sensi, laddove è indispensabile l'amore di direzione e di vera amicizia; siffatto disturbo di relazioni avvenne nelle nozze incestuose di Ersilio e Marsulla, delle quali si legge il seguente antico epigramma:

Ersilio io qui mi giaccio, e qui riposa
Marsulla a me sorella e madre e sposa
Con la figlia accoppiandosi mio padre
Me generò, e mi accoppiò alla madre;
In questo modo avvenne che fu quella
Mia madre, mia consorte e mia sorella.

§ 131.° La violazione delle proibizioni della continenza tra stretti congiunti anche fuori matrimonio, fu presso i popoli civili severamente repressa, e considerata quale reato previsto dalla legge sotto il nome di *incesto*. E se il legislatore napolitano del 1819, contrariamente a quello che vedesi stabilito nella maggior parte dei codici vigenti in Europa, non comprese l'incesto tra reati, come ritenne per noi anche il decreto luogotenenziale del 17 febbraio 1861, ciò fu per motivi altissimi di pubblica decenza, per mantenere salda l'armonia nella famiglia, e vieppiù per non offendere la santità dei pubblici giudizi, rivelando in essi detestevoli brutture; il che arreca maggiore nocumento alla morale pubblica, piucchè la loro stessa impunità.

§ 132.° La parentela legittima forma impedimento del matrimonio nella linea retta fra tutti gli ascendenti e discendenti, e nella linea collaterale o trasversale fra le sorelle ed i fratelli sieno germani, sieno consanguinei od uterini, e fra lo zio e la nipote, e la zia ed il

nipote (art. 58 e 59). Non crediamo poi che sotto il nome di zio e di nipote debba comprendersi il prozio e la pronipote; avvegnacchè formato il divieto fino al terzo grado, non è lecito di estenderlo ai gradi ulteriori in mancanza di un testo espresso di legge.

§ 133.° La parentela naturale costituisce ancora impedimento al matrimonio in linea retta fra tutti gli ascendenti e discendenti sieno questi legittimi o naturali, ed in linea collaterale tra fratelli e sorelle (det. art. 58 e 59); e ciò senza distinguere se gli uni e le altre sieno naturali, ovvero i primi naturali e le seconde legittime e viceversa. Non è poi annoverato tra gl'impedimenti la parentela naturale tra zii e nipoti.

La parentela naturale è impedimento al matrimonio tanto se si tratti di figli naturali propriamente detti, quanto di incestuosi o adulterini, essendo in tutti i casi uguale l'offesa alla morale ed alla legge; la quale non avendo richiesto il riconoscimento legale pei primi, o le prove indirette giusta l'art. 193, rimane al prudente arbitrio del magistrato disporre quei mezzi di prova che crederà opportuni per assicurarsi della esistenza di un vincolo puramente naturale ed illegittimo, tra coloro che il matrimonio intendono contrarre o che già hanno contratto, e della di cui validità si tratta.

§ 134.° Da ultimo costituisce impedimento al matrimonio la parentela civile derivante dall'adozione; quindi non può aver luogo il matrimonio fra l'adottante ed i suoi discendenti, tra' figli adottivi della stessa persona; fra l'adottato ed i figli sopravvenuti all'adottante; tra l'adottante ed il coniuge dell'adottato e viceversa (art. 60).

§ 135.° L'affinità forma altresì impedimento al matrimonio nella linea retta nel modo stesso della parentela, e nel secondo grado solamente della linea collaterale, cioè tra cognati e cognati (art. 58 e 59). L'affinità produce impedimento al matrimonio tra il coniuge superstite ed i parenti non solamente legittimi, ma eziandio naturali, adulterini od incestuosi del coniuge predefunto, come ad esempio la vedova non può congiungersi in matrimonio col figlio naturale del suo defunto marito.

§ 136.° Tra gl'impedimenti relativi dei quali trattiamo ve ne sono taluni dei quali il re può dispensare per motivi gravi, e questi sono quelli della parentela tra lo zio e la nipote o la zia ed il nipote; e dell'affinità nel secondo grado, cioè tra cognati (art. 68). La valutazione della gravità dei motivi è rimessa alla saviezza del potere esecutivo, il quale giusta il regolamento per gli atti dello stato civile dee sentire il parere del procuratore generale presso la corte di appello nella cui giurisdizione i richiedenti o uno di essi risiede. Secondo la circolare del già ministro Guardasigilli, del 27 agosto 1865, i criteri secondo i quali devono determinarsi le proposte e le concessioni delle dispense civili sono i seguenti: Quanto agl'impedimenti di parentela, dice il ministro, è prima d'ogni altra cosa a notarsi come la permanenza del pubblico scandalo a cui dia luogo l'illecita convivenza di consanguinei ed affini, non possa considerarsi come ragione suf-

ficiente a proporre ed a concedere la dispensa, sia perchè il costume pubblico rimarrebbe offeso dalla serbata facile speranza di riparare ai trascorsi, sia ancora perchè la regolare costituzione della famiglia sarebbe compromessa per la moltiplicità d'unioni contrarie ai vincoli naturali, e sia finalmente perchè si cadrebbe nello assurdo di ritenere la violazione della legge come un congruo motivo per declinarne l'osservanza. Le circostanze che in questa parte potrebbero essere considerate come più gravi ed apprezzabili sarebbero, ad esempio, l'interesse dei figli in minore età bisognosi di protezione e di assistenza, il procacciare uno stato od i mezzi di fortuna ad uno dei coniugi, il troncare o il prevenire un litigio od una divisione dannosa, la facilitazione di familiari accomodamenti, la legittimazione infine della prole naturale, quando però rimanesse escluso ogni sospetto di relazioni adulterine. Per ciò che riguarda gli zii ed i nipoti, od i prozii e pronipoti, le cause impellenti alla dispensa dovranno essere sempre speciali e gravissime, escludendo qualunque pressione od abuso di autorità non avversate da effetto morale che il matrimonio da contrarsi possa aver effetto sullo spirito della popolazione del paese, e quasi mai secondabili nel caso di relazioni incestuose o di grave disuguaglianza di età.

§ 137.° Il re poi e la famiglia reale comunque soggetti in generale alle disposizioni della legge finora da noi esaminate, pure attesa la loro condizione speciale sono dispensati dagl'impedimenti, restando invece dovolute al re le dispense che per avventura possono essere credute necessarie; e per la validità dei matrimonii dei principi e delle principesse reali è richiesto l'assenso del re (art. 69).

§ 138.° In terzo luogo la reità principale o complicità dell'omicidio volontario sia tentato o mancato su la persona di uno dei coniugi, costituisce impedimento al matrimonio fra l'altro coniuge ed il reo o il complice. Questo impedimento, non conosciuto dalle nostre leggi civili del 1819, ma invece dal diritto canonico, è inteso a prevenire siffatti reati, ai quali si potevano abbandonare quelle persone che spinte da violente passioni verso uno dei coniugi, potrebbero ricorrere al mezzo iniquo del reato per affrettarne la morte nella lusinga di contrarre matrimonio col coniuge superstite: tende pure la sudetta disposizione ad evitare lo scandalo di un omicida che tolga in moglie colei, il di cui marito fu ucciso per opera di lui.

Le condizioni per avere luogo il detto impedimento sono due: 1° che il fatto sia volontario, non già giustificato per forza maggiore o per infermità di mente, o semplicemente colposo; 2° che la reità sia assicurata in un giudizio criminale, non già in giudizio civile. Ove poi sia stata pronunziata la sentenza di accusa od ordinato lo arresto del reo o del complice del reato, dee sospendersi il matrimonio fino a che il giudizio sia terminato, essendo il giudizio penale per regola pregiudiziale al giudizio civile (art. 62). Se poi nonostante codesto divieto il matrimonio fosse stato contratto, sarà valido o nullo secondo che la sentenza del magistrato penale sarà di assoluzione o di con-

danna. Se poi l'imputato muore nelle more del giudizio penale, spetterà al magistrato civile di trattare della validità del matrimonio già conchiuso, secondo che sarà accertato o smentito il fatto criminoso che era ostacolo legale per celebrarlo.

§ 139.° Sonovi poi taluni impedimenti proibitivi per un certo tempo e previe certe condizioni. Il primo è quello della vedova la quale non può contrarre nuovo matrimonio, se non decorsi dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente, eccettuato il caso espresso nell'art. 107; e poichè un tale divieto è solo diretto ad evitare la confusione della prole, cessa anche prima del detto termine dal giorno che la donna abbia partorito (art. 57). Egli è ben facile di comprendere che il divieto di cui trattiamo non può aver luogo quando il matrimonio venga annullato per impotenza manifesta del marito; avvegnachè in tal caso egli non può essere mai il padre del figlio concepito dalla donna che aveva tolta in moglie, e deve applicarsi la regola: *cessante ratione legis cessat et ipsa lex.*

Qualora il matrimonio sia contratto dalla vedova in difformità delle prescrizioni della legge non è nullo, ma soggetta l'ufficiale dello stato civile e gli sposi alla pena della multa e del carcere ed alla perdita di diritti specificati dalla legge (art. 123 e seg.).

Nelle leggi civili del 1819 eravi l'altro impedimento proibitivo tra il tutore od i suoi figli e la minore durante la tutela e pendente il rendimento di conti, ma questo impedimento non vedesi riprodotto dal codice vigente.

CAPO II.

Delle formalità preliminari del matrimonio.

§ 140.° Dopo le condizioni necessarie per la esistenza del matrimonio, e gl'impedimenti assoluti o relativi alla sua celebrazione, l'ordine delle idee esige che ci occupassimo delle formalità le quali devono precederne la pubblicazione. Codeste formalità sono le pubblicazioni e la presentazione degli atti necessarii alla giustificazione delle diverse condizioni richieste dalla legge.

§ 141.° La legittimità dei matrimoni assicura molti vantaggi sociali poichè la unione dei coniugi rendesi stabile ed esente dai palpiti di vedersi cessare; il loro stato contrassegnato dalle più imponenti pubblicazioni divien perdurevole accettandosi l'impegno dinanzi alla intera società. In conseguenza la celebrazione del matrimonio deve essere preceduta da due pubblicazioni da farsi per cura dell' uffiziale dello stato civile (art. 70). Codeste pubblicazioni rendono noto il futuro matrimonio, affinchè chiunque si crede in diritto di opporvisi possa farlo nella forma prescritta dalla legge. L' atto di pubblicazione indicherà il nome, il cognome, il luogo di nascita e la residenza degli sposi, se essi sieno maggiori o minori di età, e il nome, il cognome, la

professione e residenza dei genitori (d. art. 70). Il diritto canonico prescrive tre pubblicazioni in tre giorni consecutivi di festa, ***inter tria missarum solemnia;*** ma come esse non sono di rigore per la validità del matrimonio i vescovi possono in tutto ovvero in parte dispensarvi.

§ 142.° Le pubblicazioni devono essere fatte nel comune in cui ciascuno degli sposi ha la sua residenza. Se la residenza attuale duri da meno di un anno, le pubblicazioni devono pur farsi nel comune della residenza precedente (art. 71). Le leggi francesi richiedevano la residenza di sei mesi; per le leggi napolitane del 1819 bastava quella di tre mesi. Noi reputiamo preferibile il sistema della nuova legge che fissa un periodo più adatto a fare in modo che la persona si stabilisca in un determinato luogo, e possa essere meglio conosciuta per le sue relazioni anteriori.

La richiesta delle pubblicazioni deve farsi da ambedue gli sposi personalmente, o dal padre o dal tutore o da persona munita da essi di mandato speciale ed autentico ; la promessa di matrimonio fatta in conformità dell' art. 54 autorizza la richiesta delle pubblicazioni (articolo 73).

Le due pubblicazioni si fanno alla porta della casa comunale in due domeniche successive. L'atto resterà affisso nell' intervallo tra l'una e l'altra pubblicazione e per tre giorni successivi (art. 52). L' uffiziale dello stato civile non può procedere alle pubblicazioni, se non gli costa del consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela nei casi in cui tale consenso è necessario (art. 74). Oltre il detto consenso per le guardie doganali, municipali, di pubblica sicurezza e dei militari, vi occorre il consenso dei capi dell' amministrazione da cui dipendono in conformità dei speciali regolamenti.

Se l' uffiziale dello stato civile non crede di poter procedere alle pubblicazioni, ne rilascerà certificato esprimente i motivi del rifiuto. Se il richiedente crede ingiusto il rifiuto, può ricorrere al tribunale civile che provvederà, premesse le conclusioni scritte del pubblico ministero (art. 75). Questa disposizione è molto saggia e tende ad eliminare ogni arbitrio di un indebito rifiuto da parte dell'ufficiale dello stato civile; il quale se arrecasse per tal modo danno alle parti potrebbe rispondere con l'azione dei danni interessi giusta la regola generale dell'art. 1151.

§ 143.° Il matrimonio non può essere celebrato prima del quarto giorno dall' ultima pubblicazione (art. 76). Questo termine di quattro giorni è inteso a dar tempo a coloro che vogliono opporsi di farlo prima che il matrimonio succeda.

§ 144.° Le pubblicazioni si considerano come non avvenute, se il matrimonio non è celebrato nel termine dei 180 giorni successivi (art. 77). Secondo le leggi napolitane del 1819 se il matrimonio non si celebrava tra l' anno dalla scadenza del termine dell'affissione dell'unica notificazione riconosciuta da quelle leggi si doveva ripetere, qualora il matrimonio si fosse celebrato dopo l' anno.

§ 145.° Il re o le autorità a ciò delegate possono per gravi motivi dispensare da una delle pubblicazioni. In questo caso sarà fatta menzione della dispensa dell' unica pubblicazione. Può anche essere concessa per cause gravissime la dispensa da ambedue le pubblicazioni, mediante la presentazione di un atto notarile col quale cinque persone, ancorchè parenti degli sposi, dichiarino con giuramento davanti al pretore del mandamento di uno di essi, di ben conoscerli indicando esattamente il nome e il cognome, la professione e la residenza dei medesimi e dei loro genitori, e di potere assicurare sulla loro coscienza, che nessuno degl' impedimenti stabiliti dagli articoli 56, 57, 58, 59, 60, 61 e 62 si oppone al loro matrimonio. Il pretore deve far precedere all'atto di notorietà la lettura dei detti articoli ed una seria ammonizione ai dichiaranti sull'importanza della loro attestazione e sulla gravità delle conseguenze che ne possono derivare (art. 78). Questa facoltà che la legge lascia al re od alle autorità sopra enunciate tende ad evitare i danni gravissimi che potrebbero derivare in quei casi nei quali non è possibile di attendere il tempo ordinario della pubblicazione per le circostanze in cui versa uno degli sposi. Essa erà del pari riconosciuta così dalle leggi francesi come dalle leggi napolitane del 1819. Queste ultime leggi con la risoluzione sovrana del 6 agosto 1832 autorizzavano i vescovi di far procedere alla celebrazione dei matrimoni anche senza la precedente solenne promessa; e con le istruzioni del 20 aprile 1844 si prescrisse che l'uffiziale dello stato civile nel ricevere la solenne promessa pei matrimoni in *extremis* doveva farsi esibire dai contraenti tutti i documenti prescritti dalla legge. Tra gli altri matrimoni nei quali si omettevano le pubblicazioni eravi il così detto matrimonio di *coscienza* permesso dalla bolla *Satis Vobis* di Benedetto XIV. Codesta bolla fu richiamata in osservanza in queste nostre provincie meridionali col rescritto del 21 giugno 1823, il quale stabilì che coloro i quali contrattarono in buona fede matrimoni di coscienza, ed intendevano di ottenere la grazia dal re che producessero gli effetti civili dovevano implorarla nel termine di due mesi. Anche nel matrimonio clandestino si faceva senza delle pubblicazioni. Senonchè doveva intendersi del clandestino *improprio* cioè quello il quale quantunque celebrato alla presenza del parroco e di due testimoni non viene preceduto dalle pubblicazioni. Codesto matrimonio così celebrato non cessava di essere valido *quoad vinculum*, giusta il Concilio di Trento; ma non conseguiva gli effetti civili, siccome avveniva per qualsiesi altro matrimonio ecclesiastico non preceduto dagli atti civili. I matrimoni clandestini furono sottoposti alla pena di prigionia non minore di un anno giusta il decreto del 25 settembre 1828; ed alla stessa pena andavano soggetti coloro i quali scientemente avevano come testimoni prestato la loro assistenza all'atto di clandestina celebrazione. Il decreto poi del 9 ottobre 1842 sancì fra l' altro che la celebrazione del matrimonio clandestino nel tempo in cui la legge richiedeva il consenso espresso dei genitori era

causa di diredazione per parte di quell'ascendente il di cui consenso era necessario per contrarre il matrimonio legittimo.

Si era dubitato se coloro i quali contraevano matrimoni solamente ecclesiastici continuassero a percepire le pensioni concesse con la condizione della vedovanza o dello stato di nubile, ed il decreto del 15 marzo 1839 stabilì che i matrimoni celebrati nel regno senza l'adempimento degli atti dello stato civile sotto qualsivoglia denominazione, non erano produttivi degli effetti civili, tanto riguardo al coniuge che ai di loro figli; e che questa mancanza di effetti costituendo sanzione penale non poteva tornare a vantaggio di coloro che vi erano incorsi, e servire così di mezzo ed in pregiudizio altrui al conseguimento od alla conservazione di alcun diritto o vantaggio.

Oggi non potrebbe accettarsi la seconda parte del decreto che è in manifesta contradizione con la prima parte del decreto stesso; poichè dato un matrimonio solo ecclesiastico, non preceduto nè seguito dal matrimonio civile, quale vincolo puramente religioso non giovando per domandare la pensione allo Stato da parte della vedova o la successione sulla eredità del coniuge predefunto, non può il vincolo stesso far decadere dalla pensione colei che la gode, o privare il coniuge del legato, laddove fosse stato concesso con la condizione del celibato; nè potrebbe l'autorità giudiziaria su pretesi motivi di pubblica moralità giudicare in difformità dei principii regolatori della legge sull'essenza del matrimonio.

§ 146.° Quanto agli atti che gli sposi debbono presentare all'uffiziale dello stato civile del comune in cui intendono contrarre il matrimonio, essi sono i seguenti: 1° gli estratti dei loro atti di nascita; 2° gli atti di morte o le sentenze che provino lo scioglimento o la nullità dei precedenti loro matrimoni; 3° gli atti comprovanti il consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela nei casi in cui è dalla legge richiesto; 4° il certificato delle seguite pubblicazioni o il decreto di dispensa; 5° tutti gli altri documenti che, nella varietà dei casi, possono essere necessarii a giustificare la libertà degli sposi e la loro condizione di famiglia (art. 79). Se poi uno degli sposi fosse nella impossibilità di presentare l'atto della sua nascita, potrà supplirvi con un atto di notorietà formato dinanzi al pretore del luogo della sua nascita o del suo domicilio. L'atto di notorietà conterrà la dichiarazione giurata di cinque testimoni dell'uno o dell'altro sesso, ancorchè parenti degli sposi, in cui con tutta esattezza e precisione essi indicheranno il nome e cognome, la professione e residenza dello sposo e de' suoi genitori se conosciuti, il luogo e per quanto sarà possibile, il tempo di sua nascita, i motivi per cui non può produrre l'atto corrispondente, e le cause di scienza di ciascun testimone (art. 80).

Il consenso degli ascendenti non dato personalmente davanti l'uffiziale dello stato civile, deve constare da atto autentico, il quale con-

tenga, la precisa indicazione tanto dello sposo al quale si dà il consenso quanto dell'altro col quale si contratta il matrimonio.

L'atto esprimerà pure il nome e cognome, la professione, la residenza e il grado di parentela delle persone che danno il consenso.

Il consenso del consiglio di famiglia o di tutela deve constare da una deliberazione contenente le indicazioni anzidette (art. 81).

CAPO III.

Delle opposizioni al matrimonio.

§ 147.° L'opposizione è l'atto mercè cui certe persone designate, per motivi dalla legge riconosciuti impediscono di procedersi alla celebrazione di un matrimonio.

Se era giusto di riconoscersi un tale diritto per evitare che si desse libero sfogo alle passioni e si favorisse la licenza dei costumi, era del pari conveniente di circoscriversi in quei limiti necessarii per evitare che si fosse esercitato solo a sfogo di riprovevoli sentimenti.

Nell'antica giureprudenza il diritto di fare opposizione ad un futuro matrimonio, fu conceduto con troppa estensione ed imprevidenza; il che produsse che molte opposizioni avevano per fondamento ora la vanità, ora l'ambizione o la bassa cupidigia, ed anche la offesa all'autorità dei genitori, come quando si permise agli stessi figliuoli di rendersi opponenti al matrimonio del loro padre vedovo (Dispaccio del 4 settembre 1783).

Egli è d' uopo per rispetto alle opposizioni trattare delle persone che hanno il diritto di proporle, dei motivi legali all'uopo necessari, e del procedimento a serbarsi pel relativo giudizio su le stesse.

Le persone che hanno il diritto di fare le opposizioni possono distinguersi in due classi, cioè quelle che godono il diritto di proporle in modo assoluto come il padre e la madre, senza specificarne le cause nell'atto relativo, e quelle che vi sono espressamente obbligate, come il fratello e lo zio.

§ 148.° In primo luogo sono il padre e la madre i quali hanno a preferenza di ogni altro il diritto di fare opposizione al matrimonio dei loro figli sia legittimi, legittimati od adottivi, sia naturali riconosciuti o dichiarati tali. E poichè il codice italiano non ha stabilita alcuna gradazione nell'esercizio di un tale diritto per rispetto ai genitori, come fa il codice francese, non sarebbe impedito alla madre di opporsi al matrimonio del figlio nel silenzio od anche nel dissenso del marito, nè essa per tale atto ha bisogno della sua autorizzazione. D'altronde le opposizioni dovendo essere fondate su motivi legali, è sempre utile che si porti a discussione la opposizione della madre per esaminare la sussistenza delle ragioni che la sorreggono.

Nel caso poi di figli naturali o legalmente riconosciuti o dichiarati, il diritto di fare opposizione si spetta a quello dei genitori che li aves-

se riconosciuti, o del quale fossero stati dichiarati figli con sentenza del magistrato.

In mancanza dei genitori, cioè in caso di morte o della loro fisica o morale impossibilità di manifestare la propria volontà, gli avi e le avole hanno il diritto di fare opposizione al matrimonio dei loro nipoti (art. 82). Le nostre leggi civili del 1819 non avendo chiamate le avole a dar il consenso pel matrimonio dei loro nipoti, non concedevano ad esse il diritto delle opposizioni, che per gli ascendenti è conseguenza della facoltà di consentire.

§ 149.° In secondo luogo il pubblico ministero può e deve sempre fare opposizione al matrimonio per qualunque impedimento che osta alla celebrazione del matrimonio (art. 87). Un tale diritto concesso al pubblico ministero quale legale rappresentante della intera società, epperò interessato a che la famiglia non si costituisca su basi mal ferme, non era riconosciuto dalle leggi napolitane del 1819.

§ 150.° Se non siavi alcun ascendente, il diritto di fare opposizione al matrimonio appartiene al fratello, alla sorella, allo zio e alla zia, ed ai cugini maggiori degli sposi. Abbiamo già detto che sotto i nomi di zio e zia, non possono comprendersi i prozii e le prozie, giacchè trattandosi di persone enunciate dalla legge per esercitare dei diritti che tendono a limitare l'altrui libertà, non possono estendersi oltre quelle espressamente dalla legge enumerate. Le cause per cui le anzidette persone possono fare opposizione al matrimonio sono due: 1° la mancanza del consenso del consiglio di famiglia; 2° l'infermità di mente di uno degli sposi (art. 83). Le persone enunciate avendo individualmente il diritto di fare opposizioni al matrimonio senza ordine di preferenza, il più lontano parente non è escluso di proporle, nel silenzio del più prossimo.

Inoltre con le persone sudette od in loro mancanza, può fare opposizione al matrimonio il tutore od il curatore dello sposo, senza distinguere se sieno o no parenti dello sposo; solo devono esservi autorizzati dal consiglio di famiglia.

§ 151.° Finalmente il diritto di fare opposizioni compete eziandio al coniuge della persona che vuole contrarre un altro matrimonio (art, 85) essendo egli il principale interessato; ma il matrimonio deve essere legittimo, non bastando un matrimonio meramente ecclesiastico, e tanto meno una semplice promessa, sia isolata sia seguita dalle pubblicazioni.

§ 152.° Trattandosi poi del matrimonio della vedova la quale volesse passare a seconde nozze prima del decimo mese dalla morte del marito, hanno diritto di fare opposizione i prossimi ascendenti di lei, e tutti i parenti del primo marito. Nel caso poi di un precedente matrimonio annullato, il diritto di fare opposizione spetta pure a colui col quale il matrimonio aveva avuto luogo (art. 86). Codesto diritto di opposizione cessa dal giorno in cui la donna è partorita.

§ 153.° Le cause in generale di opposizione da parte degli ascen-

denti non sono quelle fondate su le qualità morali più o meno sfavorevoli del futuro sposo o quelle relative alla sua condizione e possidenza o disuguaglianza di natali; ma tutte quelle che possono motivare una giusta e legale opposizione, cioè il difetto di età, di consenso, il vincolo di un precedente matrimonio, il grado di parentela, la impotenza assoluta, la demenza e casi simili.

Le opposizioni si potranno fare anche dopo che i figli raggiunsero se maschi 25 anni, e se femine gli anni 21; ma ove niuna delle cagioni legali sopra enunciate esistesse, la opposizione sarebbe respinta e si passerebbe alla celebrazione del matrimonio; restando a carico di colui che ha contratto un cattivo matrimonio il danno che ne deriva. Il genitore avrà sempre adempiuto ad un suo dovere, cercando d'impedire anche temporaneamente un matrimonio ruinoso, malgrado la non esistenza di cause legali. Spesso, dicea Portalis, non vi è alcuna ragione decisiva per impedire un cattivo matrimonio, ma un padre non può rinunziare alla speranza di distorre il figlio con i suoi salutari consigli; egli si fa opponente, perchè sa che il tempo è un grande aiuto contro le determinazioni che possono appartenere alla prontezza dello spirito, alla vivacità del carattere ed alla violenza delle passioni.

§ 154.° La legge non avendo designato alcun termine, la opposizione può sempre proporsi fino al momento della celebrazione del matrimonio, giacchè fino a tale momento può avere effetto l'impedimento, dovendo dopo agirsi con l'azione di nullità ove ne sia il caso.

§ 155.° L'atto di opposizione deve offrire le seguenti condizioni: 1° deve esprimere la qualità che attribuisce all'opponente il diritto di farla, cioè se è padre, madre, avolo, avola, adottante, fratello, ecc. (art. 88). Per tal modo tanto l'uffiziale dello stato civile, quanto gli sposi possono conoscere se l'opponente abbia il diritto di fare la opposizione; 2° deve contenere la causa della opposizione ammessa dalla legge, come la impotenza fisica, la mancanza di età, ecc. per potersi in tal modo vedere se la opposizione sia o no fondata; 3° deve contenere la elezione del domicilio per parte dell'opponente nel comune ove siede il tribunale nel cui circondario dee procedersi alla celebrazione del matrimonio; 4° finalmente dev'essere notificato nella forma delle citazioni ad entrambi gli sposi; avvegnachè interessa anche a quello contro cui l'opposizione non è diretta di conoscere le cause che impediscono il matrimonio progettato, onde astenersi di procedere alla sua celebrazione, quando la opposizione offrisse alcun sostrato nella legge (art. 89).

Ove l'opposizione manchi di alcuna delle quattro condizioni enunciate, sarebbe nulla per difetto di forma; ma in tal caso può essere rinnovata quantevolte non siesi ancora celebrato il matrimonio.

§ 156.° L'opposizione validamente prodotta produce l'effetto di sospendere la celebrazione del matrimonio (art. 30); ed essa è tale quando vien fatta da persona che ne abbia il diritto; giacchè se si

trattasse di opposizione fatta da chi non ne aveva il diritto, o per essere non riconosciuta dalla legge, non producendo veruno effetto, l'uffiziale dello stato civile potrebbe procedere senza alcuna sua responsabilità alla celebrazione del matrimonio (art. 70), non dovendo essere lecito a chicchessia di sospendere per puro capriccio un matrimonio; il che potrebbe dar luogo a serii inconvenienti specialmente se si facesse la opposizione a nome di persona insolvibile.

Avvenuta la sospensione per la legale opposizione prodotta, essa dura fino a che la sentenza con la quale furono rigettate le opposizioni non abbia fatto passaggio in cosa giudicata.

§ 157.° Il procedimento per lo giudizio su le opposizioni è sommario, ed il termine per produrre appello avverso la sentenza del tribunale che rigetta l'opposizione è di giorni quindici dalla notificazione della stessa. L'atto di appello deve contenere citazione a comparire in via sommaria in un termine non minore di giorni cinque, nè maggiore di quindici (art. 797 cod. proc. civ.).

Contro poi la sentenza della corte di appello che ammette o respinge la opposizione compete il ricorso alla Corte di cassazione, il quale per decreto vigente in queste nostre province meridionali era sospensivo. Oggidì non crediamo potersi giudicare diversamente in considerazione della natura particolare del giudizio, parendoci assurdo che si disputi della opposizione ad un matrimonio in Corte di Cassazione ed in grado di rinvio dopo che lo stesso è già contratto ed in seguito di legale pronunciato (1).

§ 158.° Se l'opposizione venga rigettata per difetto di forma o per mancanza di legale motivo, o per incompetenza di colui che l'ha fatta, oltre di essere tenuto alle spese del giudizio, può essere condannato al risarcimento dei danni ed interessi (art. 31).

Solo il pubblico ministero che agisce per vedute d'interesse generale, e gli ascendenti che si presumono di avere agito per distornare ai loro discendenti un matrimonio che credevano disastroso, non sono tenuti ad alcun risarcimento di danni (det. art. 31). All'uopo diceva il Portalis potrebbe forse premunirsi con la condanna al risarcimento dei danni un padre già troppo disgraziato per le concepite speranze e per la savia lentezza su la quale le fondava? La coscienza ed il cuore di un buon padre è un asilo che non bisogna indiscretamente sforzare. Se la reminiscenza degli antichi abusi che avevano luogo nello impedire i matrimoni determinavano il legislatore a non proscrivere ogni opposizione, si sarebbe favorito al contrario lo sfogo delle passioni e la licenza dei costumi se si avesse avuto solo in mira di proteggere la libertà dei matrimoni.

Le nostre leggi civili del 1819 parlavano di danni e di spese. Invece il codice parla solo di danni, rimettendo alle regole generali la quistione delle spese (370 cod. proc. pen.). Nondimeno anche quando

(1) L'egregio nostro amico Prof. Polignani ritiene lo stesso nostro avviso contrariamente a quello di altri scrittori.

le opposizioni del pubblico ministero fossero rigettate o quelle degli ascendenti, si darebbe luogo alla compensazione delle spese giusta le regole generali.

CAPO IV.

Della celebrazione del matrimonio.

§ 159.° Cessato ogni ostacolo derivante dalle prodotte opposizioni, è d' uopo passare alla celebrazione del matrimonio dopo essere state quelle respinte. Il matrimonio potendo avvenire fra persone che sieno cittadine ovvero appartenenti entrambe a Stato estero, o l'una sia cittadina e l'altra straniera, la legge si occupa prima della celebrazione del matrimonio fra cittadini, e rinvia al capo seguente la celebrazione del matrimonio, di cui una persona almeno sii straniera.

Secondo le leggi civili del 1819 dinanzi all'uffiziale dello stato civile aveva luogo una semplice promessa di matrimonio, giusta le cose innanzi dette, la quale non attribuiva la qualità di coniuge, poichè il vincolo coniugale veniva formato con la celebrazione del matrimonio secondo le forme prescritte dal Concilio di Trento.

§ 160.° Giusta la novella legge italiana, conformemente al codice francese, il matrimonio dev'essere celebrato nella casa coniugale e pubblicamente innanzi all' uffiziale dello stato civile del comune ove uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza (art. 93). Il domicilio di cui la legge intende parlare in questa disposizione è il domicilio generale, non potendo eleggersi un domicilio speciale per la celebrazione del matrimonio, poichè il domicilio o la residenza degli sposi determina la competenza dell' ufficiale dello stato civile ed è stabilita per cagione di ordine pubblico. I minori non emancipati avendo il domicilio dei loro genitori e tutori dovranno celebrare il matrimonio nell'uno o nell'altro domicilio secondo i casi. Ma giusta il citato articolo possono celebrarlo eziandio nel comune della loro residenza, quando pure fosse diversa da quella dei loro genitori o tutori. Del resto in linea di eccezione il matrimonio si può celebrare in un comune diverso da quello del domicilio o della residenza di uno degli sposi; quando la necessità lo esiga (art. 96) come quando per causa di peste od altra malattia reputata contagiosa o per guerra o brigantaggio fosse impedito di recarsi nel comune del proprio domicilio o della propria residenza. In tali casi l'uffiziale dello stato civile del comune del domicilio o della residenza di uno degli sposi deve richiedere per iscritto l'uffiziale del luogo ove il matrimonio si deve celebrare, menzionando la richiesta nell'atto di celebrazione ed inserendola in esso. Nel giorno successivo alla celebrazione del matrimonio, l' uffiziale, avanti il quale fu celebrato, manderà copia autentica dell'atto all'uffiziale da cui venne fatta la richiesta.

§ 161.° Abbiamo detto che il matrimonio dev'essere celebrato nella

casa comunale; ma se uno degli sposi per infermità o per altro impedimento giustificato fosse nell' impossibilità di recarsi alla casa comunale, l'uffiziale dello stato civile si trasferisce col segretario nel luogo in cui si trova lo sposo impedito, ed ivi alla presenza di quattro testimoni seguirà la celebrazione del matrimonio giusta la disposizione dell' articolo 94 (art. 97). Del resto crediamo che ove manchi il motivo della urgenza, o che lo stesso fu esagerato, oppure che il matrimonio sia stato contratto in luogo diverso da quello della casa comunale, non potrebbe reputarsi nullo (1).

§ 162.° L'uffiziale dello stato civile non può rifiutarsi alla celebrazione del matrimonio se non per causa ammessa dalla legge. Se questa causa esiste dee rifiutarsi, siavi o no stata opposizione. In caso di rifiuto deve rilasciarne certificato con indicazione dei motivi. Se le parti credono ingiusto il rifiuto, spetta al tribunale provvedere, sentito il pubblico ministero. Contro il provvedimento del tribunale è sempre salvo il richiamo alla corte di appello tanto da parte dell'uffiziale quanto dei contraenti (art. 98).

§ 163.° La celebrazione del matrimonio deve essere fatta dinanzi all'uffiziale dello stato civile competente alla presenza dei testimoni, il quale dà lettura delle disposizioni della legge relative ai dritti e doveri reciproci dei coniugi, e domanda e riceve da ciascuno degli sposi personalmente l' uno dopo l' altro la dichiarazione che essi vogliono prendersi rispettivamente per marito e moglie; e da ultimo pronunzia in nome della legge che sono uniti in matrimonio (art. 9). La dichiarazione dev'essere pura e semplice, non potendosi fare dipendere da alcuna condizione, come quella di ottenersi un determinato impiego, o doversi il matrimonio civile far seguire dal vincolo ecclesiastico, siccome richiedeva il senatore Mameli. Se volendo lo sposo celebrare, egli diceva, prima il matrimonio civile, la legge dee permettere che nell'atto stesso ed al cospetto dell'uffiziale civile, possono essi almeno d'accordo fra loro in modo autentico stipulare preventivamente che dentro un certo termine debbono compiere anche l' atto religioso, altrimenti si abbia per risolto ogni vincolo; ma la sua proposta come era naturale non potè accogliersi.

§ 164.° Le parti devono comparire insieme ed in persona, non essendo loro permesso di celebrare il matrimonio per procura (art. 95) come è lecito per la semplice promessa, giusta le cose dinanzi osservate. Sul diritto di celebrare il matrimonio civile per procura il commissario cav. Ruggieri si espresse nei seguenti termini: Nulla scorgo dalla lettura dell' intero capitolo concernente il matrimonio, onde potersi argomentare che l' uso della procura sia accettato dalla legge, anzi può argomentarsi il contrario dall'articolo 119 del progetto Cassinis (106 progetto del Senato) in cui si contempla il caso d' in-

(1) Vedi nello stesso senso Merlin rep. r. mariage. sect. VI, § 2, Aubry e Rau, IV, 41, Demolombe vol. III, pag. 205.

fermità di alcuno degli sposi. Or io crederei che, per quanto solenne sia il contratto di matrimonio, non si possa rifiutare il mezzo della procura, purchè sia fatta avanti il notaio con atto di cui rimanga presso di lui la minuta, e purchè in esso atto rimanga inscritto il tenore degli articoli 164, 165 e 166, ed il certificato del notaio di averne data lettura al medesimo.

« Suppongasi il caso che un cittadino, mentre stava per celebrare matrimonio con la sua fidanzata, sia stato obbligato, per servizio della patria a partire frettolosamente per la guerra o per altra missione, dove sarebbevi pericolo di soccumbere; perchè, io domando, non dovrebbegli esser permesso il matrimonio per procura, massime se questa celebrazione sia necessaria per legittimare *per subsequens* una prole già nata o conceputa *extra matrimonium* o per riparare altri falli ?

La Commissione malgrado queste osservazioni, non credè di mutare il sistema adottato dal codice. Il diritto canonico invece ammette il matrimonio per procura.

§ 165.° I testimoni devono essere due. Se la loro presenza tende a prevenire i pericoli delle sorprese e delle frodi a noi sembra troppo scarso il numero di due. Infatti le nostre leggi civili abolite per la semplice solenne promessa di matrimonio ne richiedevano quattro. Se codesto numero è richiesto dalla legge per trasmettere i beni con pubblico testamento, allorchè è ricevuto da un sol notaio (art. 777) come pure nel testamento mistico (art. 783) ci pare troppo scarso il numero di due testimoni per assicurare l'atto più importante della vita civile. Abbiamo già detto che se la celebrazione si fa in casa di uno degli sposi la legge richiede quattro testimoni per compensare in tal modo la mancata pubblicità nella celebrazione del matrimonio.

Dopo la celebrazione del matrimonio sarà compilato l'atto con tutte le indicazioni richieste dalla legge. Senonchè ove l'uffiziale dello stato civile non l'avesse redatto, non per questo il matrimonio sarebbe nullo, essendo l'atto richiesto *probationis causa*, ed in sua mancanza potrebbero ammettersi le prove suppletorie ammesse dalla legge.

Nei matrimoni del re e della famiglia reale l' uffiziale dello stato civile è il presidente del senato del regno; ed il re determina il luogo della celebrazione, la quale può essere fatta per mezzo di procura (art. 99).

CAPO V.

Del matrimonio dei cittadini in paese estero e degli stranieri nel Regno.

§ 166.° Allorchè due nazionali contrattano matrimonio in paese straniero possono celebrarlo dinanzi all' autorità straniera e secondo la forma quivi stabilita, ovvero innanzi agli agenti diplomatici italiani, secondo le forme stabilite dalla legge italiana qualunque sia la durata

della loro residenza all'estero o del domicilio; in tal caso la legge straniera regolerà la prova relativamente al matrimonio, come ad esempio mediante il possesso di stato e per mezzo di testimoni se così dispone la medesima. Senonchè le pubblicazioni possono anche farsi nel regno a norma della legge italiana, e se lo sposo cittadino non ha residenza nel regno, le pubblicazioni si faranno nel comune dell' ultimo domicilio (art. 100). Nondimeno è opinione generale degli scrittori che l'omissione delle pubblicazioni nel regno, non produce la nullità del matrimonio, tuttochè fatte allo scopo di tener questo celato alla nazione italiana. Quanto a noi non abbiamo ragione di pensare diversamente, trattandosi di una nullità di mera forma e che non altera la sostanza del matrimonio celebrato in paese estero.

Il cittadino che ha contratto matrimonio in paese estero, deve, nei tre mesi dal suo ritorno nel regno, farlo inscrivere nei registri dello stato civile dèl comune dove avrà fissata la sua residenza, sotto pena di una multa estendibile a lire cento (art. 101). Ove poi fossero scorsi i tre mesi, l'iscrizione non può farsi che in forza di decreto di rettificazione dell' atto dello stato civile di matrimonio. La mancanza di essa non produce la nullità del matrimonio celebrato in paese estero.

Comunque i cittadini abbiano contratto matrimonio in estero territorio, essi sono sempre soggetti alla legge della nazione italiana, giusta le cose innanzi dette. Non sarebbe quindi valido il matrimonio contratto senza il consenso prima di venticinque anni, o prima della età di 18 per l' uomo e 15 per la donna , comunque la legge straniera disponesse diversamente.

§ 167.° Se poi uno degli sposi sia cittadino e l' altro straniero, il matrimonio in paese estero deve sempre essere celebrato dinanzi alle autorità straniere con le forme quivi stabilite, non essendo in tal caso competenti gli agenti diplomatici del regno.

§ 168.° La capacità dello straniero a contrarre matrimonio è determinata dalle leggi del paese a cui appartiene (art. 102) , cioè dalla legge personale ; quindi il prete francese non potrebbe contrarre in Italia matrimonio, comunque ciò non sia impedito, giusta le cose dette dinanzi, dalla legge italiana. Anche lo straniero è soggetto agl' impedimenti stabiliti nella sezione del capo 1° del titolo in esame, essendo questi fondati sopra motivi di morale pubblica.

Lo straniero poi che voglia contrarre matrimonio nel regno , deve presentare all'uffiziale dello stato civile una dichiarazione dell' autorità competente del paese a cui appartiene dalla quale costi che giusta le leggi da cui dipende , nulla osta al di lui matrimonio. Se lo straniero è residente nel regno, deve inoltre far seguire le pubblicazioni secondo le disposizioni della legge italiana (art. 103). Il motivo di questa disposizione si è quello di assicurare legalmente la capacità dello straniero ed il suo stato libero per evitare funesti disinganni in pregiudizio di quei cittadini che si uniscono in matrimonio con persone estere.

CAPO VI.

Delle domande per nullità di matrimonio.

§ 169.° Quando il matrimonio è avvenuto, ed i motivi che impedivano la sua celebrazione non sono stati proposti col mezzo delle opposizioni, si dà luogo alla nullità del medesimo. Dicesi nullo il matrimonio allorchè fu contratto con vizio sì radicale, che lo fa reputare insussistente all' occhio della legge; e diconsi annullabili quelli che hanno esistenza giuridica, soggetta ad essere disconosciuta per cause del pari determinate dalla legge. Di qui la distinzione delle nullità in assolute e relative. Appartengono alla prima serie quelle fondate su la mancanza della età legale, su la esistenza di un precedente vincolo matrimoniale, su la parentela od affinità, come pure sul crimine, su la incompetenza dell'uffiziale dello stato civile, su la mancanza delle pubblicazioni, del numero dei due testimoni, non che dell' uffiziale dello stato civile. Appartengono alla seconda serie il vizio del consenso, l'interdizione, l'impotenza e la mancanza di consenso da parte di coloro da cui dipendono gli sposi.

§ 170.° In conseguenza delle idee espresse il matrimonio contratto in contravvenzione agli articoli 55, 56, 58, 59, 60 e 62 può essere impugnato dagli sposi, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che vi abbiano un interesse legittimo ed attuale. Dalle stesse persone può essere impugnato il matrimonio celebrato dinanzi ad un uffiziale non competente dello stato civile, o senza la presenza dei voluti testimoni. Decorso un anno dalla celebrrzione del matrimonio, la domanda di nullità per incompetenza dell' uffiziale dello stato civile non è più ammessa (art. 104). La legge avendo limitato le persone alle quali è permesso d' impugnare il matrimonio per le cause enunciate, non può estendersi ad altri lo stesso diritto, essendo restrittive le sue disposizioni; e ciò fu determinato con molta saviezza, perocchè essendo il matrimonio il fondamento della società generale ed in stretto rapporto con l'ordine pubblico, non doveva essere lasciato all'arbitrio di chiunque avesse creduto impugnarlo, il quale poteva essere animato da sordida avarizia od altra malvagia passione.

Avendo la legge permesso d' impugnare il matrimonio per tutte le sei cause enunciate a tutti quelli che vi abbiano interesse legittimo ed attuale, è chiaro che ha riguardo ad interessi pecuniari sieno a no derivanti da successioni. Epperò la nullità può essere domandata non solo da quelli, il cui matrimonio priva di una successione e vi è motivo di farlo annullare, ovvero di una donazione fatta in contemplazione di matrimonio. L'interesse dev'essere legittimo ed attuale, dicesi legittimo allorchè è riconosciulo e garentito dalla legge; ed è attuale, allorchè è acquisito, epperò non sarebbe lecito agli eredi presuntivi che hanno semplici diritti eventuali e semplici speranze di e-

sercizio di diritti futuri d'impugnare il matrimonio contratto dalle persone alla cui eredità aspirano. Codesti eredi potranno però sperimentarli, allorchè divenuti eredi effettivi credono che il matrimonio celebrato dal loro autore con vizio di nullità assoluta pregiudichi le loro ragioni.

Il pubblico ministero può per tutte le sei cause enunciate domandare la nullità del matrimonio; ma non lo può fare dopo la morte di uno dei coniugi, avvegnachè sciolto il matrimonio *quoad vinculum*, è cessato ogni interesse sociale; e restando le sole quistioni pecuniarie saranno queste sperimentate da coloro che credono di averne il diritto.

§ 171.° Il coniuge di colui che ha contratto un secondo matrimonio può sempre impugnare il matrimonio dell'altro coniuge (art. 113) comunque prescritta l'azione criminale per la bigamia, perocchè oggi la prescrizione dell'azione penale non trae seco la prescrizione civile, la quale segue il suo periodo ordinario, e le cause a se proprie di sospensione ed interruzione (art. 6 cod. proc. pen.). L'azione di nullità da parte del coniuge può essere esercitata anche quando il coniuge bigamo sia morto, avendo essa per iscopo la revindica di quei diritti che erano la conseguenza del primo matrimonio legittimo. Nel caso che il secondo matrimonio fosse avvenuto in buona fede, è chiara la concorrenza dei diritti tra i figli del primo e del secondo matrimonio come dei due coniugi di uno stesso coniuge predefunto. Egli è però facile intendere che il coniuge attore nel giudizio deve provare la esistenza del suo matrimonio, ed è lecito sempre al convenuto in via di eccezione di impugnare a sua volta la legittimità del matrimonio dell'attore; in tal caso la quistione della legittimità del matrimonio dell' attore, diviene pregiudiziale per lo esame dell'azione principale istituita; ma sarà risoluta dallo stesso giudice dell' azione principale.

§ 172.° Delle sei nullità delle quali abbiamo di sopra discorso, le prime quattro derivanti dal vincolo di parentela, da un matrimonio precedente, dal reato e dalla mancanza di testimoni sono insanabili, ed invece sanabili le altre due che hanno per causa l' incompetenza dell'uffiziale dello stato civile e la mancanza dell'età legale. Le insanabili rimangono tali in perpetuo, non vi essendo decorso di tempo che possa giustificare il matrimonio tra padre e figlia, o tra fratello e sorella, ec. Solo dopo lo scioglimento di detti matrimonii potrebbero promuoversi le azioni pecuniarie non esercitate durante il tempo della più lunga prescrizione a cominciare dallo scioglimento di fatto di detti matrimonii.

La dispensa del vincolo di parentela o di affinità nei casi in cui è permessa dalla legge, ove si ottenesse dopo celebrato il matrimonio, non toglie la nota di incestuosi a quei figliuoli nati dopo che i loro genitori ottennero la dispensa, giacchè per rispetto allo stato dei figli è d'uopo attendere, giusta le cose dette innanzi, alla qualità che avevano all'epoca della nascita.

§ 173.° La nullità del matrimonio derivante dalla mancanza dell'età legale può essere riparata in due casi:

In primo luogo quando siano trascorsi sei mesi dopo raggiuntasi dallo sposo o dalla sposa la età legale richiesta per la valida celebrazione del matrimonio (art. 110); e ciò per rispetto alla moralità ed all'ordine delle famiglie, ed all'interesse sociale, che non consentiva di far perdurare tuttavia incerto il nodo coniugale , il quale è stato nel caso enunciato abbastanza ratificato ed approvato con la convivenza durata sei mesi dopo compiuta la età legale. I sei mesi decorrono dal giorno in cui l'uno degli sposi od ambedue abbiano raggiunto l'età legale, senza distinguere se breve o lungo tempo sia trascorso dalla celebrazione del matrimonio, e se questo fu celebrato in età da potersi ottenere la licenza dal re.

In secondo luogo quando la sposa ancorchè non giunta all' età legale sia rimasta incinta (art. 100). La gravidanza della sposa sana la nullità quando deriva dalla mancanza dell' età di lei e non dello sposo, perchè nel primo caso assicura la pubertà della sposa; mentre nel secondo non può accertare quella dello sposo. Nulla rileva che la sposa rimanga incinta prima o dopo iniziato il giudizio di nullità , o prima della celebrazione del matrimonio.

§ 174.° La nullità del matrimonio per mancanza di età legale non può promuoversi dagli ascendenti, dal consiglio di famiglia o di tutela, quanto questi vi abbiano acconsentito (art. 111) , non essendo loro permesso di agire contro il proprio fatto, e perchè la ratifica equivale al consenso prestato a tempo utile. Senonchè l'azione di nullità fondata sopra un vizio così radicale, qual'è quello della mancanza di età, rimane sempre salva pel pubblico ministero, stante l'interesse generale della società d'impedire matrimonii che segnano la debolezza delle generazioni, non che di tutti coloro diversi da quelli che hanno consentito o dei loro successori a qualunque titolo, che hanno un interesse legittimo ed attuale.

§ 175.° Le nullità relative del matrimonio sono il vizio del consenso, l'interdizione, l'impotenza e la mancanza di consenso dei genitori od altre persone indicate dalla legge.

§ 176.° Il consenso necessario per la celebrazione del matrimonio dev'essere, giusta le cose innanzi dette, valido e non viziato dalla violenza o dall' errore. Invece ove il consenso presenti alcuno di codesti vizii è affetto di nullità relativa. Egli è ben agevole il comprendere che la nullità per causa di violenza od errore , non può essere promossa se non da quello degli sposi maggiore o minore che sia , il quale patì la violenza o fu indotto nell'errore; ed essendo le enunuciate cause affatto personali , non possono essere proposte dagli ascendenti nè dalle altre persone chiamate a consentire a quel matrimonio dopo averlo permesso, e tanto meno dagli eredi interessati a domandare la nullità del matrimonio. Senonchè per rispetto agli eredi ove l'azione sia stata promossa dallo sposo violentato o caduto in errore può essere proseguita dai suoi eredi se non vi fu recesso nè perenzione d' istanza.

§ 177.° La nullità derivante dalla violenza o dall'errore è riparabile, poichè stabilita a favore della persona che ha subìto la violenza o è caduta nell' errore, può rinunziarvi sia tacitamente sia espressamente. La rinuncia tacita risulta dalla coabitazione continuata per un mese dopo che lo sposo ha riacquistata la sua piena libertà (art. 106); avvegnachè se lo sposo che patì la violenza o che fu tratto in errore avea in mente di fare annullare il matrimonio, si sarebbe certamente separato dall'altro non appena cessata la violenza o scoperto l'errore. La coabitazione non cessa di essere continua solo per essere stata interrotta di qualche giorno per causa di affari domestici o di pubblici servizii.

Il mese pel quale deve durare la coabitazione incomincia a decorrere dal giorno che lo sposo ha riacquistata la libertà o conosciuto l'errore. La ratifica espressa consiste nella dichiarazione che fa lo sposo violentato o tratto in errore, con la quale approva il suo matrimonio. Epperò siffatta ratifica per conservare la sua efficacia dopo cessata la violenza o conosciuto l' errore dev'essere fatta con atti pubblici o privati.

§ 178.° Un'altra nullità relativa è quella che si fonda su la interdizione della persona di uno degli sposi; e quindi il matrimonio di chi sia stato interdetto per infermità di mente può essere impugnato dall' interdetto medesimo, dal suo tutore, dal consiglio di famiglia e dal pubblico ministero, se quando è seguito eravi di già la sentenza definitiva d'interdizione, o se la infermità per cui la interdizione fu poscia pronunziata, risulta esistente al tempo del matrimonio (art. 112). L'inabilitazione non essendo motivo legale di opposizione, tuttochè pronunciata per vizio parziale di mente, non potrebbe essere causa di nullità del matrimonio. L'azione di nullità può essere promossa dallo interdetto medesimo, dal tutore, dal consiglio di famiglia e dal pubblico ministero, il quale agisce in tal caso come parte principale. Il tutore può sperimentare la sua azione senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia ed anche in dissenso dell'interdetto che abbia ricuperato la sanità, ma la cui interdizione non è stata ancora tolta nei modi di legge; poichè in contrario cessata ogni tutela il già interdetto essendo arbitro dei propri diritti farà quelle rinuncie espresse o tacite che meglio crede del suo interesse.

La nullità risultante dalla interdizione può essere sanata con la ratifica espressa o tacita. La prima risulterà da un' espressa dichiarazione fatta dall' interdetto dopo cessata la interdizione; la tacita può risultare dal fatto della coabitazione durata per tre mesi dopo di essere rivocata l'interdizione (art. 112).

§ 179.° Altra causa di nullità del matrimonio è la impotenza manifesta, perpetua ed anteriore al medesimo; poichè essa si oppone al fine del matrimonio che è la procreazione della specie (art. 107). Secondo le leggi napolitane del 1819 spettava alla potestà ecclesiastica di sciogliere il matrimonio per causa d'impotenza; ma rivendicato oggidì allo stato il diritto di regolare la famiglia, spetta al tribunale

civile l'esame della causa di nullità fondata su l'impotenza di uno degli sposi. Ciò non toglie che coloro i quali hanno contratto il matrimonio civile ed ecclesiastico nel tempo stesso, e desiderano che si sciolga anche il vincolo religioso, possano rivolgersi al potere ecclesiastico, e fare pronunciare la nullità per impotenza, essendo riconosciuta codesta causa anche dal diritto canonico. Senonchè la sentenza del potere ecclesiastico non potrebbe avere alcuna influenza sul giudizio dei magistrati laici, i quali rimangono nella loro piena libertà di esaminare la causa stessa come meglio credono secondo la propria coscienza. La legge ad eliminare i giudizii arbitrarii sul riguardo richiede le condizioni di dovere essere l'impotenza manifesta, perpetua, ed anteriore al matrimonio, avvegnacchè solo questa è immorale e riprensibile, offrendo nella maggior parte dei casi un uomo il quale tuttochè consapevole del proprio stato inganna una donna, arrecandole il maggiore oltraggio, e ponendola in una posizione difficile e pericolosa per la stessa salute. Anche il codice austriaco stabilisce che la impotenza permanente di soddisfare al debito coniugale è un impedimento al matrimonio se già esisteva al tempo della sua celebrazione. L'impotenza soltanto temporanea o sopravvenuta durante il matrimonio, quand' anche insanabile non può sciogliere il vincolo matrimoniale (art. 100). Nel caso specialmente in cui venga asserita una precedente e permanente impotenza al debito coniugale, la prova deve farsi col mezzo di periti, vale a dire di medici e chirurgi esperti; ed ove occorra anche di levatrici (art. 101). Ove non possa decidersi con certezza se l'impotenza sia permanente o soltanto temporanea, i coniugi sono obbligati a coabitare insieme ancora per un anno, e continuando l'impotenza per questo tempo, il matrimonio deve dichiararsi invalido.

Abbiamo già detto che le sole dichiarazioni delle parti non sarebbero sufficienti a provare la impotenza, e che bisogna disporre una perizia, la quale dee cadere sopra entrambi gli sposi, specialmente allorchè la donna si annuncia come inviolata.

La nullità fondata su la impotenza non può essere sanata da ratifica espressa o tacita, essendo essa un impedimento dirimente assoluto che si oppone al fine primario del matrimonio. La stessa infedeltà della donna non è ostacolo per domandare la nullità di un matrimonio, il quale avendo dato causa a primi errori di lei, non è giusto che li renda duraturi.

Il matrimonio contratto da persona affetta da impotenza assoluta può essere impugnato dall'altro coniuge, e non da altro individuo, essendo un diritto personale che niun altro potrebbe esercitare.

§ 180.° Il matrimonio contratto senza il consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, può essere impugnato dalle persone delle quali il consenso era richiesto, e da quello degli sposi a cui il consenso era necessario (art. 108); avvegnachè per rispetto agli ascendenti l'azione di nullità trae orgine dalla offesa fatta alla

loro autorità da quei discendenti che il matrimonio celebrarono senza consultarli; quanto alle altre persone è il mezzo per rendere efficace tutela contro la loro incapacità, ed evitare che stringano legami inconsulti e ruinosi.

Se però lo sposo era maggiore di anni ventuno al tempo del contratto del matrimonio, tuttochè minore di anni venticinque, non può impugnare il matrimonio per difetto di consenso (art. 108), essendo sconveniente ed immorale che egli tuttochè dichiarato maggiore di età dalla legge e capace dello esercizio di tutti i diritti civili, insorga contro il fatto proprio a pregiudizio dell' altro sposo, e tragga utilità da una colpa che gli è propria, avendo sconosciuta l'autorità dei propri genitori. Qui va applicata la nota massima: *Nemo ex suo delicto capere potest emolumentum.*

§ 181.° Il diritto d' impugnare il matrimonio per difetto del consenso degli ascendenti e dei consigli di famiglia o di tutela, appartiene alla persona il di cui consenso era richiesto nel momento in cui fu celebrato il matrimonio (art. 107). Se quindi fossero in vita il padre e la madre, e niuno fra loro fosse stato consultato, entrambi avrebbero il diritto d'impugnare il matrimonio del figlio minore di anni 25 o la figlia minore di ventuno; ma se il padre lo avesse dopo ratificato non potrebbe domandarsi la nullità dalla madre, perchè il dissenso di lei dee cedere al consenso del marito. Egli è vero che alla madre è dato il diritto di opporsi in tal caso e la nullità è sanzione che tutela il diritto di consentire; ma se la ratifica equivale a consenso, dee produrre i suoi effetti, osservandosi in tal caso un dissenso posteriore al matrimonio, che non può avere conseguenze diverse da quelle prodotte ove si fosse prima avverato.

§ 182.° L'azione di cui trattasi, essendo strettamente personale, non può essere esperimentata da altri e neppure dalle persone degli eredi di coloro che avrebbero avuto il diritto di consentire al matrimonio, poichè essendo l'azione di nullità intesa a riparare l'offesa all' autorità dei genitori, perde il suo scopo con la morte della persona la cui autorità fu offesa. È vero che il consenso della medesima è richiesto ancora nell' interesse dei figli, ma di questo interesse, essendo giudice la persona che doveva consentire, morta la stessa, niun altro può sostituirla nell' esercizio dello stesso diritto. L' azione di nullità essendo strettamente personale non può essere esercitata dai creditori e cessionarii. Ma se fosse stata intentata durante la vita del figlio che ha contratto il matrimonio, potrebbe essere proseguita dopo la sua morte, purchè non vi sia alcun atto di rinunzia espressa o tacita da sua parte.

§ 183.° La nullità di cui trattiamo è sanabile, e vi sono cause che la sanano per rispetto a tutti, e quelle che la sanano solamente per rispetto allo sposo che ha contratto matrimonio senza il consenso richiesto. Quanto alle prime cause è prescritto che gli ascendenti, gli adottanti o i consigli di famiglia o di tutela non possono promuovere l'azione di nullità pel matrimonio contratto senza il loro consenso, lad-

dove lo abbiano espressamente o tacitamente ratificato (art. 109). La ratifica espressa è la dichiarazione fatta in atti pubblici o privati, sia qualunque la forma di cotesti ultimi atti con la quale si approva il matrimonio contratto senza consenso. Abbiamo però dei forti dubbii, checchè altri avesse pensato in contrario, di potersi provare la ratifica espressa con la prova testimoniale, trattandosi di assicurare un consenso pel di cui accertamento è sempre indispensabile la scrittura, allorchè si tratta di valore indeterminato come nella specie. La ratifica tacita può desumersi da ogni specie di fatto che vale a mostrare di avere il genitore dimenticata la offesa alla sua autorità, come sarebbe se avesse presenziato al matrimonio dopo di essere stato conchiuso senza il suo consenso, di aver fatto regali alla sposa, di averla ricevuta in propria casa, invitata a pranzo, e casi simili. Qui trattandosi di assodare dei fatti non è dubbio che la prova testimoniale sia ammessibile.

Oltre i casi di ratifica tacita indicati le persone chiamate dalla legge a dare il consenso, non potrebbero spingere la loro azione di nullità quando dalla notizia del contratto matrimonio sieno trascorsi sei mesi senza loro richiamo; e lo stesso è prescritto pel coniuge che dopo raggiunta la maggiore età ha lasciato trascorrere sei mesi senza richiamo (art. 109): il codice francese riconosceva nei casi enunciati la rinuncia tacita dopo di essere trascorso un anno senza reclamo (art. 183); nondimeno è sempre commendevole la legge italiana che nell'interesse di assicurare sollecitamente la stabilità dei matrimonii nell'interesse generale della società fissa quel tempo ad un periodo più breve.

Del matrimonio putativo.

§ 184.° Conseguenza delle nullità così assolute come relative, si è che il matrimonio nullo non produce veruno effetto: *Quod nullum est, nullum producit effectum.* Nondimeno il matrimonio dichiarato nullo, qualora sia stato contratto in buona fede produce gli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi, quanto riguardo ai figli anche nati prima del matrimonio, purchè riconosciuti prima dell'annullamento di esso. Se un solo dei coniugi sia in buona fede, il matrimonio non produce gli effetti civili, se non in favore di lui e dei figli (art. 116). È questo il matrimonio detto putativo da putare, credere: *Matrimonium putativum est quod bona fide et solemniter, saltem opinione coniugis unius iusta contractum inter personas iungi vetitas consistit* (1). Un tale matrimonio va giustificato dal favore che merita il matrimonio, dalla indulgenza dovuta allo sposo di buona fede, e vieppiù dal bisogno di assicurare la legittimità alla prole innocente, alla quale dee nuocere il meno che si può la colpa dei genitori.

Il diritto canonico non riconosce meno la regola che il matrimonio putativo, cioè quello creduto legittimo dai coniugi, produce gli effetti

(1) Erzio.

medesimi del matrimonio legittimo, onde assicurare lo stato dei figli. Il codice francese lo accetta ugualmente, e non diversamente prescrissero le leggi napolitane del 1819.

La buona fede è l'unica ed essenziale condizione del matrimonio putativo. Essa consiste nell'ignoranza per parte di entrambi gli sposi, od almeno di uno di essi dell' esistenza del motivo legale che impediva il matrimonio, come se alcuno, sposi la sorella ignorando il legame di parentela. La buona fede può risultare non solo dall' errore di fatto, ma anche dall' errore di diritto, come se una straniera maritandosi ad un italiano, ignorasse che per costui vi era bisogno del consenso dell'avola, quando ciò non è richiesto dalla legge del suo paese: l' errore di diritto se è causa di rescissione dei contratti quando ne fu motivo determinante, a maggior ragione dee valere per ritenere la buona fede necessaria pel matrimonio putativo. È utile di osservare che l'errore di diritto non dee essere affettato; il che resta abbandonato al giudizio del magistrato di merito. Codesta buona fede deve esistere nel tempo in cui ebbe luogo la celebrazione; e laddove fosse cessata dopo non induce la nullità del matrimonio.

§ 185.° Il matrimonio putativo produce gli effetti civili così per rispetto ai coniugi come per rispetto alla loro prole. Riguardo ai coniugi è d'uopo distinguere se entrambi, ovvero un solo di essi sieno stati di buona fede. Nel primo caso gli effetti civili sono comuni ad entrambi i coniugi, e quindi godono della patria potestà su' figli, succedono ai medesimi, come pure conservano il diritto di successione tra loro, perchè la legge dice che il matrimonio putativo, produce effetto riguardo ai coniugi ed alla prole. Or quali sarebbero codesti effetti, se fosse escluso il più sostanziale qual' è quello relativo alla successione? Se lo stato coniugale non sopravvive alla sentenza, ciò è una conseguenza della nullità dichiarata dal magistrato; altrimenti non saprebbe comprendersi quali sarebbero gli effetti della nullità; ma sopravvivano gli effetti civili che la legge riconosce a favore di entrambi i coniugi.

§ 186.° Il matrimonio putativo, per rispetto ai figli produce sempre gli effetti civili, sia che entrambi i genitori sieno in buona fede, sia un solo di essi. In conseguenza i figli godranno dello stato di legittimità, non solo rispetto al genitore di mala fede, ma anche a quello di buona fede, al quale possono domandare gli alimenti e la successione, e devono dipenderne pel consenso al matrimonio ed ogni altro effetto, derivante dalla patria potestà. Ma codesti effetti non si estendono per rispetto agli estranei, ai quali non può fare stato un matrimonio solo apparente, ed i cui effetti, checchè altri sostengono in contrario, sono stati dalla legge limitati a favore dei soli coniugi e dei loro figliuoli.

§ 187.° Era conseguenza del matrimonio putativo che gli effetti della buona fede non si estendessero ai figli nati prima; ed infatti i codici anteriori limitavano il beneficio ai figli *nati dal matrimonio*. La legge dice d' Aguesseau, premia l' innocenza allorchè trovasi in colui che

in buona fede e per errore di fatto contrae un matrimonio vietato; ma non può dirsi che una persona ha voluto operar male, perchè ha creduto di fare un male minore. Nondimeno grave disputa era insorta tra dotti, e molti fra costoro opinavano che il matrimonio putativo tra gli altri effetti, dovea anche valere a legittimare i figli nati prima della sua celebrazione, e ciò come conseguenza della massima: *Tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero*, cioè doversi alla finzione di legge del matrimonio putativo potere attribuire gli stessi effetti della realtà. Codesta dottrina accettata dalla novella legge italiana ha esteso gli effetti civili del matrimonio putativo anche a favore dei figli nati *prima* del *matrimonio* (art. 116), purchè riconosciuti prima dell' annullamento di esso. Egli è poi indifferente che il riconoscimento abbia avuto luogo prima o dopo promossa la domanda di nullità. Nulla rileva infine che i figli nati prima del matrimonio sieno naturali od adulterini. Se quindi una donzella abbia un figlio da un uomo coniugato, che ella crede libero, e che in seguito la sposi, celando il suo stato di coniugato, sarà legittimato qual figlio, come lo sarebbero quelli nati posteriormente al matrimonio putativo, o tra dieci mesi dopo il suo annullamento.

CAPO VII.

Delle prove della celebrazione del matrimonio.

§ 188.° Esaminata la sostanza e la forma del matrimonio, è d'uopo trattare delle prove della celebrazione dello stesso.

§ 189.° Le prove della celebrazione del matrimonio sono: 1° l'atto di celebrazione estratto dai registri dello stato civile; 2° il possesso di stato; 3° i documenti, le scritture ed i testimoni; 4° la sentenza penale contro gli autori ed i complici delle falsità relative agli atti dello stato civile. L'atto di celebrazione del matrimonio, essendo la regola generale tra le prove anzidette, le altre sono ammesse dalla legge solo in via di eccezione.

§ 190.° Niuno può quindi reclamare il titolo di coniuge, e gli effetti civili del matrimonio, se non presenta l'atto di celebrazione estratto dai registri dello stato civile, eccetto i casi preveduti nell'art. 364 (art. 117). Questa regola per rispetto ai coniugi è così assoluta che neanco il possesso di stato, quantunque allegato da entrambi li dispensa dal presentare l'atto di celebrazione (art. 118); altrimenti si sarebbe favorito il concubinato. D'altronde i coniugi dovendo conoscere il luogo dove il loro matrimonio fu celebrato, non possono affettare alcuna ignoranza; e nulla rileva che il possesso di stato venga allegato da un coniuge contro l'altro o dal coniuge superstite contro gli eredi del defunto e viceversa. Solo il possesso di stato che fosse conforme all'atto di celebrazione del matrimonio sana ogni difetto di forma (art. 119).

§ 191.° Nell'interesse poi dei figli, ai quali è lecito d'ignorare in determinate circostanze il luogo del matrimonio dei loro genitori, occorreva un diverso provvedimento. Epperò se esistono figli di due persone che abbiano pubblicamente vissuto, come marito e moglie, e sieno morte ambedue, la legittimità dei figli non potrà essere impugnata pel solo motivo, che manchi la prova della celebrazione del matrimonio, qualora la stessa legittimità sia provata da un possesso di stato che non si trovi in opposizione con l'atto di nascita (art. 120). Le condizioni per aver luogo il disposto della presente disposizione sono tre: 1° bisogna che il padre e la madre sieno entrambi morti; poichè nel caso di decesso di uno dei due sarebbe sempre facile conoscere il luogo dove il matrimonio fu contratto ed esibire l'atto relativo alla sua celebrazione. E poichè l'assenza o la demenza di entrambi i coniugi metterebbe i figli nella stessa impossibilità d'interrogarli e conoscere il luogo del loro matrimonio, dovrebbero menare alla stessa esenzione che la legge riconosce nel caso di morte; 2° che il figlio, abbia avuto il possesso di stato quale legittimo; poichè codesto possesso conferma quello dei genitori estinti e lo fa presumere. I figli avranno il possesso di stato se portarono il nome del padre del quale reclamano la successione, se furono trattati come figli, e se nella famiglia e pubblicamente furono considerati come tali; 3° che il possesso di stato del figlio che reclama la legittimità, non sia in opposizione dell' atto di nascita, perchè se codesto atto attribuisse altra paternità, ovvero lo qualificasse come figlio naturale, o nato da genitori ignoti o da donna non maritata, non potrebbe valergli il possesso di stato.

Nel concorso delle tre dette condizioni il possesso di stato di marito e moglie, equivale all'atto di matrimonio, e la legittimità del figlio, rimane pienamente comprovata; salvo ai legittimi interessati di provare a loro volta con tutti i mezzi di prova riconosciuti dalla legge, la non esistenza del matrimonio, tra due coniugi entrambi estinti, ovvero entrambi folli od assenti, per dimostrare la niuna qualità di figlio o quella di semplice figlio naturale nell'attore. Se poi gli eredi avessero riconosciuta la legittimità dei figli nei modi legali, non sarebbe lecito ad essi di muovere controversia contro uno stato già riconosciuto.

§ 192.° Quanto ai documenti, alle scritture ed ai testimoni quali mezzi di prova per assicurare il matrimonio contratto, sono ammessi in due casi:

1.° Quando vi sieno indizi che per dolo o per colpa del pubblico uffiziale l'atto di matrimonio non sia stato iscritto sui registri a ciò destinati. Ma in questo caso la prova per documenti e testimoni può essere ammessa, allorchè vi concorrono le due seguenti condizioni: 1° che si presenti l'estratto delle fatte pubblicazioni o il decreto di dispensa; 2° che vi sia prova non dubbia di un conforme possesso di stato (art. 121). Per tal modo si evitano gl' inconvenienti facili a derivare dall'ammissione della prova, risultante dalle ordinarie testimonianze, nelle gravi controversie relative allo stato delle persone.

2.° Se non si sono tenuti i registri o si sono distrutti o smarriti in tutto od in parte, o vi sia stata interruzione nella tenuta dei medesimi. Se però la mancanza e distruzione, lo smarrimento o l'interruzione fossero accaduti per dolo del richiedente, egli non sarà ammesso alla prova con documenti e testimoni (art. 364).

§ 193.° Da ultimo, la prova della celebrazione del matrimonio può essere fondata sul risultato di un processo penale per sottrazione di atti dello stato civile; ed in tal caso l'iscrizione della sentenza nel registro dello stato civile, assicura al matrimonio, dal giorno della sua celebrazione, tutti gli effetti civili riguardo tanto ai coniugi quanto ai figli (art. 122).

CAPO VIII.

Disposizioni penali.

§ 194.° Intenta la legge a prevenire la inosservanza delle sue prescrizioni determina, che incorrono nella multa di lire 200 estendibile a lire 1000 gli sposi e l'uffiziale dello stato civile che abbia celebrato matrimonio senza che sia stato preceduto dalle necessarie pubblicazioni (art. 123).

L' uffiziale dello stato civile, che ammette a celebrare matrimonio, persone alle quali osti qualche impedimento o divieto di cui abbia notizia, sarà punito con multa estendibile da lire 500 a 2000. Egli incorre nella stessa multa, quando abbia proceduto alla celebrazione del matrimonio, per cui non fosse competente, o nel quale le parti abbiano voluto aggiungere un termine o qualche condizione, ovvero senza che siano stati presentati all' uffizio dello stato civile i documenti richiesti dagli art. 79 e 80 (art. 124).

Incorrerà nella multa di lire 100 estendibile a lire 500 l' uffiziale dello stato civile, che abbia fatto procedere alla pubblicazione di un matrimonio, senza la richiesta o il consenso di ambedue gli sposi, ed in contravvenzione all'art. 74 (art. 125).

Incorrerà nella multa stabilita nell'articolo precedente l'uffiziale dello stato civile che in qualunque modo contravvenga alle disposizioni degli art. 72, 75, 76, 93, 94, 96, 98 e 103, o commette qualsiesi altra contravvenzione, per cui non sia stabilita una pena speciale in questo capo (art. 126).

Quando il matrimonio sia stato annullato per causa di un impedimento conosciuto da uno dei coniugi e lasciato ignorare all' altro, il coniuge colpevole sarà condannato ad una multa non minore di lire 1000 estendibile a lire 3000, ed anche, secondo le circostanze, al carcere estendibile a sei mesi, oltre l'indennità al coniuge ingannato, ancorchè non siasi data ancora la pruova specifica del danno sofferto (art. 127).

La donna che contragga matrimonio contro il divieto dell' articolo 57, l'uffiziale che lo abbia celebrato e l'altro coniuge, incorrono nella multa di lire 300 estendibile a lire 1000.

La donna decade da ogni donazione, lucro dotale e successione che provengono dal primo marito (art. 128).

L'applicazione delle pene stabilite nei precedenti articoli è promossa dal pubblico ministero, davanti al tribunale correzionale (art. 129).

CAPO IX.

Dei diritti e doveri che nascono dal matrimonio.

SEZIONE I.

DEI DIRITTI E DOVERI DEI CONIUGI TRA LORO.

§ 195.° Dopo aver trattato della essenza del matrimonio e della sua formazione, non che del modo di comprovarlo, l'ordine delle idee richiede di trattare dei suoi effetti, cioè dei diritti e doveri che ne derivano. Vi ha due serie di diritti e doveri: gli uni riflettono i coniugi tra loro; gli altri i coniugi verso la loro prole. Esamineremo ciascuna delle due serie di doveri separatamente.

§ 196.° I diritti e doveri dei coniugi tra loro sono o comuni ad entrambi o propri a ciascuno di essi. Appartengono alla prima serie quelli relativi alla coabitazione, fedeltà ed assistenza (art. 130). Codesti doveri non sono soltanto morali, ma ad un tempo giuridici e morali, poichè la loro violazione dà luogo alla separazione personale. Nondimeno vedremo che il mancamento al dovere della fedeltà è punito più severamente nella donna che nell'uomo, in considerazione dei danni maggiori che provengono dalla mancata fedeltà della donna.

§ 197.° Altro dovere comune tra coniugi si è quello di doversi prestare a vicenda tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita, in proporzione delle proprie sostanze (art. 132). Un tale obbligo incumbe alla moglie solo quando il marito non abbia mezzi sufficienti (art. 132).

§ 198.° Quanto ai diritti e doveri proprii a ciascuno dei coniugi, essi derivano dal principio che il marito è il capo della famiglia, ha dovere di proteggere la moglie e di tenerla presso di sè. La moglie dee seguire la condizione civile del marito, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza (art. 131 e 132). S'intende che la residenza si fissi in luogo onesto e decente, non essendo alcuno obbligato di abitare in siti che il decoro riprova.

§ 199.° Se la moglie senza giusta causa ricusi di seguire il marito e di coabitare con lui, questi può privarla degli alimenti ed ottenere dall'autorità giudiziaria il sequestro delle rendite parafernali di lei a profitto suo e della prole (art. 133). Le giuste cause per le quali la

moglie può ricusarsi di seguire il marito, sono quelle che le danno diritto alla separazione, come la vita girovaga, le ingiurie, le sevizie, gli eccessi o l'improprietà del domicilio coniugale. Qualora la moglie anche senza giusta causa, ricusa di far ritorno nel domicilio del marito, questi oltre i mezzi sopra indicati, non potrebbe mai ricorrere all'impiego della forza, nè potrebbe questa disporsi dal magistrato, essendo affatto impotente a ristabilire e mantenere la comunione della vita coniugale, ed è causa di maggiore inasprimento degli animi. D'altronde è ovvia la regola che *nemo cogi potest ad factum*, ed ogni obbligazione di fare ineseguita si risolve in un'azione di danni interessi. Rinvigorito oggidì il principio del rispetto per la personalità umana, e fissate dalla legge le misure di rigore contro la moglie che contravviene all'obbligo della coabitazione, non è più lecito elevare disputa sul riguardo. Le controversie, dice il professore Huc, anche attualmente dibattute in Francia intorno alla natura della sanzione legale, diretta a rendere efficace l'obbligazione imposta alla moglie di coabitare col marito, furono troncate in modo abbastanza fortunato dal codice italiano (1).

§ 200.° In conseguenza dello stesso principio che il marito è capo della famiglia, la moglie non può compiere taluni atti di maggiore importanza senza la di lui autorizzazione. Il progetto Miglietti, aveva progettato la soppressione pura e semplice dell'autorizzazione maritale; ma una proposta cotanto ardita per la quale la moglie poteva spogliarsi dello intero patrimonio alla insaputa del marito, sollevò una energica opposizione da parte di tutti i giureconsulti. Nondimeno la necessità dell'autorizzazione maritale fu molto ristretta, comparativamente ai codici anteriori, e fu anche concesso al marito, il diritto di dare alla propria moglie, per atto pubblico una generale autorizzazione, diversamente da quello che trovasi stabilito nel codice di Francia, il quale dispone che ogni autorizzazione generale, quand'anche sia stipulata per contratto di matrimonio, non è valida che per gli atti di amministrazione. L'autorizzazione del marito è un omaggio reso all'autorità maritale, un pegno dell'armonia tra coniugi, ed una guarentia dell'ordine e degl'interessi della famiglia; e non mai una tutela alla fragilità del sesso; perciocchè la donna nubile o vedova ha il pieno esercizio di tutti i diritti civili, ed anche della potestà maritale (2).

§ 201.° L'autorizzazione del marito, essendo di ordine pubblico, non può formare oggetto di transazione o rinuncia per parte dei coniugi, oltre i limiti permessi dalla legge (art. 12). Essa è necessaria alla moglie per gli atti giudiziali come in quelli che hanno luogo fuori giudizio; ed essendo le leggi all' uopo stabilite restrittive della capacità della donna, non possono estendersi oltre i casi prescritti dalla legge. La moglie quindi non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, nè transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, sen-

(1) Studi di legislazione comparata, pag. 58.
(2) Vedi gli atti della Camera dei deputati, pag. 4656 e 4681.

za l'autorizzazione del marito. Questi può con atto pubblico dare alla moglie l'autorizzazione in genere per tutti o per alcuno de' detti atti, salvo a lui il diritto di rivocarla (art. 134). La donna non può quindi permutare, dare in enfiteusi i propri beni o costituirvi sopra un diritto di superficie, e nemmeno fare compromessi relativamente ai suoi beni stabili; non può stipulare locazioni per lunghissimo tempo, poichè queste si confondono con gli atti di alienazione. Del pari non può senza l'autorizzazione accettare mandati (art. 1743) o l'ufficio di esecutrice testamentaria (art. 904 e 1006).

§ 202.° Al contrario la donna può vendere i mobili che non sieno i capitali indicati nell' articolo, può acquistare beni di qualunque natura, può dividere i suoi beni anche immobili e rispondere all'azione intentata da altri coeredi, essendo la divisione dichiarativa e non attributiva di diritti, può smettere un negozio già iniziato, può esigere le sue rendite di qualunque valore, fare le locazioni di breve durata, può trascrivere gli atti di acquisto, iscrivere e rinnovare le ipoteche ed in generale fare tutti gli atti che sono intesi alla conservazione dei beni.

§ 203.° Quanto agli atti giudiziali la donna maritata non può stare in giudizio senza essere autorizzata relativamente a tutti gli atti che non può fare senza autorizzazione. Questa è necessaria innanzi a qualunque giurisdizione; ma non occorre una nuova autorizzazione per proseguire il giudizio medesimo nei procedimenti di opposizione, di appellazione, di rivocazione e di cassazione (art. 805 proc. civ.), senza distinguere se sia attrice o rea convenuta, e se il di lei avversario sia maggiore o minore capace od incapace. La donna maritata non ha bisogno però di autorizzazione per istituire giudizi meramente possessoriali od azioni di danni temuti, mettere in mora i debitori, costituirsi parte civile nel giudizio penale, e neppure per agire e difendersi dinanzi ai tribunali criminali e correzionali, e per tutti gli atti di pura conservazione del di lei patrimonio; salvo a domandare l'autorizzazione ove fosse necessaria nel momento del giudizio. L'autorizzazione è poi necessaria alla donna non solo per le controversie posteriori al matrimonio, ma anche per quelle già iniziate e tuttavia pendenti dopo la celebrazione del matrimonio; ma la nullità che sarebbe conseguenza del difetto di autorizzazione in questo, come in ogni altro caso, non potrebbe essere invocata quando essa stessa od il marito vi avesse dato causa dolosamente (arg. dagli art. 364 e 1305).

§ 204.° L'autorizzazione dev'essere data dal marito, ed in caso del suo ingiusto rifiuto dal tribunale civile, qualunque sia il valore della cosa relativa all' atto da compiersi. Il marito può dare l'autorizzazione in genere per tutti gli atti che la moglie voglia fare, od in ispecie per taluni atti determinati, come una vendita, una permuta, una donazione. L' autorizzazione debb' essere data con atto pubblico per garentire l'interesse dei terzi, essendo facile in contrario di celare l'atto di autorizzazione al seguito di pentimenti posteriori per infirmare gli atti di già eseguiti con intesa del marito.

L'autorizzazione si reputa concessa alla moglie per agire in giudizio, se il marito citato nello stesso giudizio non comparisce, o comparendo non dichiari nel termine stabilito per rispondere di ricusare l'autorizzazione (art. 803 cod. proc. civ.).

§ 205.° Spetta al tribunale di decidere se la donna debba ovver no essere autorizzata nei seguenti casi: 1° quando il marito ricusa di autorizzare la moglie; 2° quando siavi opposizione d' interesse fra il marito e la moglie; 3° quando la moglie sia legalmente separata dal marito per sua colpa o per colpa di entrambi o per mutuo consenso. Nei primi due casi se la moglie sia minore di età il tribunale deve nominarle un curatore speciale per assisterla in giudizio o nell' atto pel quale sia stata autorizzata (art. 804 cod. proc. civ.).

§ 206.° L' autorizzazione del marito non è necessaria nei casi seguenti: 1° quando egli sia minore, interdetto, assente, o condannato a più di un anno di carcere, durante la espiazione della pena; 2° quando la moglie sia legalmente separata per colpa del marito; 3° quando la moglie eserciti la mercatura; salva la disposizione dell' art. 7 del codice di commercio (art. 135).

§ 207.° Se il marito ricusi l'autorizzazione alla moglie, o se trattisi di atto nel quale siavi opposizione d'interessi, ovvero se la moglie sia legalmente separata per sua colpa, o per colpa sua e del marito o per mutuo consenso, sarà necessaria l' autorizzazione del tribunale civile. Il tribunale non può concedere l'autorizzazione se prima il marito non fu sentito o citato a comparire in camera di consiglio, salvo in caso di urgenza (art. 136).

§ 208.° Gli atti fatti dalla donna maritata senza autorizzazione maritale sono infetti di nullità relativa, la quale non può essere opposta che dal marito durante il matrimonio, dalla moglie e dai suoi eredi od aventi causa (art. 137). Il codice francese e quello in vigore in queste nostre provincie, non estendevano la disposizione agli aventi causa il diritto d' impugnare gli atti fatti dalla donna, essendo quelli ben diversi dagli eredi, ed il senatore Miraglia avrebbe desiderato la soppressione di quelle voci; ma la sua proposta non fu accolta.

Diconsi aventi causa tutti coloro i quali hanno un interesse legittimo alla domanda di nullità, come i creditori di lei ed i cessionari. E poichè l'autorizzazione è richiesta nell' interesse della donna e del marito principalmente, non può essere proposta dai terzi. Quindi il compratore di un immobile non potrebbe chiedere la rescissione della vendita perchè mancante il relativo contratto dell'autorizzazione maritale; ma ove il compratore dovesse pagarle il prezzo, potrebbe sempre chiedere di essere autorizzata dal marito, sia perchè interessato il compratore a pagare validamente, sia perchè l' autorizzazione è del pari chiesta nella riscossione che fa la moglie dei capitali di sua spettanza.

La mancanza di autorizzazione resta sanata dalla ratifica con effetto retroattivo dal dì in cui l'atto fu compiuto, equivalendo essa al consenso che dovea essere dato al tempo della formazione dell' atto.

SEZIONE II.

DEI DIRITTI E DEI DOVERI DEI CONIUGI RIGUARDO ALLA PROLE, E DEL DIRITTO AGLI ALIMENTI FRA PARENTI.

§ 209.° Dopo aver trattato dei diritti e doveri dei coniugi tra loro, l'ordine delle idee esige di trattare di quelli dei coniugi per rispetto alla prole. Codesti obblighi si riassumono in quelli di mantenerla, educarla ed istruirla, cioè cercare di promuoverne lo sviluppo fisico e morale. L'obbligazione di mantenere la prole consiste nell'obbligo di prestarle gli alimenti, cioè la somministrazione del vitto, del vestito e dell'abitazione, non che la cura nelle infermità alle quali può andare soggetta. L'obbligazione di educare ed istruire la prole, consiste nel procurarne lo sviluppo dei sentimenti morali, e delle forze intellettuali, ed agevolarle lo esercizio di una professione od arte secondo le particolari condizioni di famiglia. L'adempimento di queste obbligazioni sebbene non abbia in generale altra garentia che l'affetto dei genitori, pure nei casi gravi l'inadempimento costituendo un abuso della patria potestà può dar luogo all'applicazione del disposto nell'art. 233 anche ad istanza del pubblico ministero.

§ 210.° Le anzidette obbligazioni sono a carico del padre e della madre nel tempo stesso, e vengono adempiute in proporzione delle loro sostanze. E poichè la madre già contribuisce ai pesi del matrimonio coi frutti della dote, è giusto che nel suo contributo vengano computati codesti frutti. Quando poi i coniugi non abbiano mezzi sufficienti, tale obbligazione spetterà agli ascendenti in ordine di prossimità (art. 138).

§ 211.° Comunque l'obbligo legale degli alimenti riconosca per sua causa immediata la legge, pure le sue cause mediate sono quattro, cioè il vincolo coniugale, quello della parentela legittima o naturale e di affinità, la gratitudine e l'infortunio. Dalla prima deriva l'obbligo degli alimenti fra coniugi; dalla seconda l'obbligo degli alimenti fra figli e discendenti o discendenti e genitori o ascendenti, fra adottante ed adottato, fra fratelli e sorelle, fra genero e nuora e suoceri; dalla terza l'obbligo alimentario del donatario verso il donante; dalla quarta quello dei creditori verso il fallito e la sua famiglia.

§ 212.° Gli alimenti possono essere dovuti o per legge o per patto. I primi furono detti *iure actionis*, e gli altri *iure sanguinis*; quelli dipendono dalla volontà del testatore nè ricevono in generale variazione, e devono corrispondersi gli arretrati; mentre quelli dovuti per legge cominciano dal dì della domanda, esclusi gli arretrati; poichè se la persona è vissuta senza la somministrazione degli alimenti, ciò mostra che non ne aveva bisogno, o rimediò in qualunque modo al proprio mantenimento. Gli alimenti conceduti dal testatore possono essere insequestrabili se vi fu apposta la clausola d'insequestrabilità; quelli accor-

dati dalla legge sono insequestrabili, eccettochè per altri crediti alimentari (art. 592 cod. proc. civ.), e non possono opporsi in compensazione (art. 1289), nè formare obbietto di transazioni e rinuncie.

§ 213.° Se i genitori e gli altri ascendenti hanno l'obbligo di somministrare gli alimenti ai figli ed agli altri discendenti, così costoro devono prestarli ai loro genitori ed agli altri ascendenti, qualunque sia la loro linea e grado, essendo l'obbligazione alimentaria reciproca (art. 137). Codesto obbligo incombe ai figli tanto maschi quanto femmine, sieno liberi o coniugati, senza verun ordine di preferenza, e per rata.

In secondo luogo abbiamo veduto che l'obbligo cade sopra i discendenti. Questi vi debbono concorrere successivamente, cioè secondo l'ordine con cui sarebbero chiamati alla successione, essendosi al riguardo seguita la regola della romana legislazione *ubi emolumentum est successionis, ibi et onus esse debet*. Se quindi un coniuge non può alimentare l'altro, i figli o soli o in concorrenza dei discendenti dei figli premorti devono adempiervi; ovvero i soli discendenti di tutti i figli premorti hanno a preferenza di ogni altro parente ed affine l'obbligo di alimentare l'avo od altro ascendente. Codesto obbligo va soddisfatto in proporzione delle sostanze di ciascuno perchè conseguenza del vincolo di parentela, e non dev'essere regolato secondo la parte che i discendenti avrebbero presa su la eredità dell'ascendente ove non fosse stato povero, cioè i figli per capi ed i nepoti per istirpe.

Abbiamo osservato che l'obbligo degli alimenti cade in terzo luogo sopra gli ascendenti, ed anche per rispetto ad essi bisogna osservare il grado di prossimità della parentela, e quindi incumbe l'obbligo degli alimenti prima ai genitori del coniuge, di poi agli avi, ed in terzo luogo ai proavi, e così di seguito. L'obbligo di somministrare gli alimenti non è ristretto da alcun tempo, nè finisce con la età maggiore dei figli od altri discendenti, abbracciando per massima tutta la vita, poichè è una necessità dell'esistenza l'essere alimentato. Vedremo che la loro durata è solo subordinata al bisogno di chi li riceve, ed alla possibilità di chi deve somministrarli.

In quarto luogo l'obbligo degli alimenti, cade sopra il genero e la nuora. Quest'obbligo accolto dal codice francese non fu riconosciuto dalle leggi napolitane del 1819. Se quindi un coniuge non possa avere gli alimenti nè dall'altro coniuge, nè dai suoi discendenti, nè dagli ascendenti, il suo genero e la sua nuora hanno prima di ogni altro parente l'obbligo di alimentarlo. In quinto luogo il medesimo obbligo deve soddisfarsi dal suocero e dalla suocera. E da ultimo sono gravati i fratelli e le sorelle con le restrizioni fissate dalla legge.

§ 214.° Nelle nostre leggi civili abolite, comunque si fosse elevata disputa se gli alimenti fossero dovuti ai figli naturali, l'affermativa fu sempre ritenuta dalla giureprudenza, sembrando assurdo che gli adulterini ed incestuosi e di condannate unioni dovessero riscuoterli, quando la loro filiazione fosse stabilita con prove indirette, ed essere in-

vece esclusi i figli naturali propriamente detti. Eliminata oggidì ogni disputa sul riguardo dee osservarsi il medesimo ordine. Se una persona oltre i parenti legittimi abbia figli naturali, adulterini od incestuosi, dovendo essa gli alimenti a questi figli prima che agli ascendenti, glieli dee somministrare in concorso coi legittimi. Del pari se il figlio naturale abbia coniuge o discendente in condizione da somministrargli gli alimenti, il coniuge prima dei discendenti, e questi prima del genitore vi sono tenuti.

§ 215.° Quanto alla misura gli alimenti devono essere somministrati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle sostanze di chi li deve ricevere (art. 143). All'uopo bisogna tener conto della posizione sociale, dell'età, dello stato di salute, del grado e prossimità del vincolo, essendo diversi i doveri dei figli verso i propri genitori, che quelli di costoro verso una nuora, il di cui matrimonio col figlio fu contratto malgrado i consigli in contrario del padre.

§ 216.° La quantità degli alimenti una volta stabilita può essere mutata, ove sieno mutate le condizioni di chi vi fu condannato, e quelle di colui a di cui favore la condanna fu pronunziata (art. 144). La mutazione avvenendo in meglio da parte di chi li somministra, come se il figlio che è stato condannato a somministrare tenui alimenti al padre in vista della sua limitata fortuna, fa d'uopo che siano in tal caso aumentati; e viceversa se quegli a cui favore fu resa la condanna o migliora il suo stato o lo cangi del tutto, dee diminuirsi o cessare ogni somministrazione alimentaria, la quale se nasce col bisogno, cessa col cessare dello stesso.

§ 217.° Quanto al modo di somministrazione degli alimenti la legge napolitana del 17 ottobre 1836, riformando l'art. 200 delle leggi civili del 1819, stabiliva che gli alimenti dai discendenti agli ascendenti o da un collaterale all'altro, si doveano in pensione. Se però la persona che vi era tenuta giustificava di non poter pagare la pensione, il tribunale con cognizione di causa potea ordinare che la medesima ricevesse nella propria abitazione, nudrisse e mantenesse quello al quale erano dovuti gli alimenti; e ciò perchè sembrava umiliante che un padre od un fratello sedesse alla mensa del figlio o del fratello dopo l'attrito di un giudizio, specialmente se in unione di nuore o cognate che usando modi scortesi verso i congiunti del marito accrescono il disgusto già di per sè grave di essere da altri alimentato. I discendenti poi doveano ricevere gli alimenti in casa dei loro ascendenti, ove a costoro non fosse tornato conto di somministrarli in pensione, nulla essendo più naturale che il figlio segga alla mensa del padre qualunque sia la sua età. Potevano però anche riceverli in pensione, quando il tribunale per gravi motivi avesse ciò ordinato.

Il codice italiano invece stabilisce che chi deve somministrare gli alimenti ha la scelta di soddisfare a tale obbligazione o mediante una pensione alimentaria, o col ricevere e mantenere nella propria casa colui che ha diritto agli alimenti. L'autorità giudiziaria però potrà,

secondo le circostanze determinare il modo di somministrazione degli alimenti (art. 145). La pensione è corrisposta a mese nella maggior parte dei casi, ovvero ad annate anticipate, secondo le particolari circostanze, e può essere fatta parte in derrate, e parte in danaro, o parte in casa di chi vi è obbligato, e parte in danaro, potendosi prendere norma anche dalla citata legge napolitana del 1836 ispirata da ragioni della più alta convenienza e pietà verso le persone dei genitori.

§ 218.° L'obbligo degli alimenti cessa per ragioni generali e speciali. Tra le prime èvvi il bisogno cessato da parte di chi li ha ricevuti, o la impossibilità da parte di colui che vi fu costretto, e la morte dell'obbligato, quantunque il medesimo li somministrasse in esecuzione di sentenza (art. 146). Nondimeno per rispetto ai figli adulterini ed incestuosi gli alimenti già messi a carico dei loro genitori continuano, e gli eredi li devono somministrare in proporzione delle sostanze del padre o della madre, e del numero e della qualità degli eredi legittimi (art. 752). Non sarebbe così per rispetto ai figli di colui che ne ha il diritto, poichè gli alimenti non sono trasmissibili, costituendo un diritto strettamente personale dell'alimentato, la di cui morte ne disgrava colui che avea l'obbligo di prestarli. Ciò non toglie per altro che estinguendosi gli alimenti con la morte dell' obbligato, passa codesto obbligo ad altri parenti nell'ordine stabilito dalla legge; così se muore il proprio genitore, e resta l' avo, sarà costui invece del primo obbligato a somministrarli.

§ 219.° Le cause speciali relative alla cessazione degli alimenti risguardano i suoceri e le suocere, e sono due, cioè le seconde nozze e la morte del coniuge da cui deriva l'affinità senza lasciar figli e discendenti (art. 140).

CAPO X.

Dello scioglimento del matrimonio.

§ 220.° Egli accade osservare del continuo che il matrimonio, tuttochè conchiuso dietro la ispirazione di lodevoli sentimenti, come l'amore, la fedeltà, la concordia, suole addivenire sorgente inesausta di dissidii, di sciagure e di domestiche infelicità. All' amor l'odio succede, alla fedeltà gli adulterii più scandalosi, alla concordia i dissidii più intollerabili. In siffatti casi quali provvedimenti dovrà adottare la legge per ovviare che i disturbi della società domestica non finiscono per compromettere l'ordine pubblico con gli adulterii, le violenze ed i coniugicidii?

Molti legislatori antichi e moderni credettero solo mezzo efficace per riparare ai mali dei matrimonii mal combinati, il totale scioglimento del nodo coniugale, cioè il *divorzio*.

Infatti appo gli Achei il divorzio fu consentito in casi determinati, e pronunziavasi dietro le solennità stabilite dalla legge. Presso gli

Ebrei fu anche permesso il divorzio; ma si concedea nel solo caso di mancamento alla fedeltà coniugale. In Atene fu ammesso per la medesima cagione della violata fedeltà della moglie; e venia notato d'infamia il marito che avesse convivuto con la moglie divorziata. Senonchè lo Arconte dovea esaminare la sussistenza dei giusti motivi per pronunciare il divorzio.

Nella legislazione romana il divorzio fu ugualmente consentito per ovviare ai disturbi delle unioni coniugali maleaugurate ed infauste. Epperò quando la discordia tra coniugi appariva, i parenti ed i figli stessi prima di farli andare dal pretore ed alla pubblicità di un giudizio, li guidavano dinanzi al tempio di Giunone riconciliatrice, che alla unione coniugale presiedeva, e li scongiuravano in nome di quanto eravi di più sacro al mondo, di abbandonare il male augurato disegno di rompere ciò che era stato unito dal cielo e dalla terra, dalla natura e dalla società. Per 600 e più anni non si vide in Roma scioglimento di matrimonio per effetto del divorzio. Ma depravati i costumi il divorzio si rese frequente. Si maritava per ripudiare, e si ripudiava per rimaritarsi. Roma ebbe il ripudio ed il divorzio; quello scioglieva gli sponsali, questo le nozze legittimamente celebrate.

Presso i Chinesi il divorzio è non solo ammesso, ma comandato allorchè il marito sorprende in flagrante adulterio la consorte. Appo i francesi e gl'inglesi il divorzio fu parimenti ammesso per determinate cause. Senonchè in Francia si abolì con decreto del 1816. Non così presso gl'inglesi ove esiste attualmente, e per ottenerlo col beneplacito di contrarre novello matrimonio deve chiedersi dinanzi ad una corte speciale, detta Corte di divorzio composta di tre giudici, giusta il bill dell'anno 1857. In queste nostre provincie napolitane il divorzio fu ammesso con la pubblicazione del codice francese nel 1809; ma fu abrogato con la legge del 1815.

§ 221.° Alcuni pubblicisti trovano indispensabile il divorzio per la infedeltà alla giurata fede. La infedeltà ai patti, essi dicono, scioglie ogni contratto, epperò dee sciogliere anche questo. Ma noi osserviamo che il matrimonio, comunque in talune condizioni potesse assimilarsi al contratto, non può reputarsi tale, essendo uno stato di somma importanza sociale, e regolato da leggi adatte alla sua natura. D'altronde la infedeltà scioglie quei contratti dove non è compromesso l'interesse di un terzo; ma ove ciò avviene qual giustizia permette di rivocarli? Due negozianti si associano per fornire i viveri ad un esercito: la infedeltà di uno di loro renderà lecito all'altro con danno dell'esercito una simile infedeltà? Or nel matrimonio i coniugi si associano per educare i figli, e crescerli alla società cittadini. I figli e la società sarebbero compromessi per la infedeltà ai patti commessa da uno dei coniugi.

La indissolubilità soggiungono altri in molti casi impedisce il fine stesso della società maritale; dunque è contro natura. La costanza della società maritale nasce dal bisogno coniugale della specie umana, che senza tal costanza non potrebbe prosperare. Non si confonda questo fine

universale della natura col fine particolare dei due contraenti il matrimonio. Questi vogliono il bene loro particolare; la natura vuole assicurare a tutti i maritaggi onestà illibata e risultamenti felici. Ad ottenere quest'intento è necessario allontanare ogni speranza che mai se ne sciolgano i vincoli: il divorzio sciogliendoli, sarebbe un gagliardo impulso a violarli frequentemente. Il divorzio dunque è sempre contrario al fine universale di natura; mentre la indissolubilità lo impedisce solo in certi casi accidentalmente.

Altri soggiungono di essere una gran tentazione ad uccidere un coniuge codesta assoluta indissolubilità. Ma quante altre tentazioni consimili non si presentano in natura! Gran tentazione è certamente una eredità agli eredi, gran tentazione un impiego agli emuli candidati, gran tentazione la gloria a due rivali, l'impero a due pretendenti. La ragione, la educazione, le leggi e mille altri argomenti di sociale e naturale efficacia sono antidoti opposti a coteste tentazioni: questi medesimi tolgono i pericoli del vincolo maritale. Ed in verità non basta a tale uopo la separazione di casa, la quale per gravi cagioni in ogni legislazione suole permettersi?

Infine il divorzio è antisociale perchè ingenera odii ed inimicizie tra le diverse famiglie, e finisce per arrecar serii disturbi all'ordine pubblico ed ai buoni costumi. I figli con padre e padrigno o con madre e madrigna nel tempo stesso si abituerebbero nella loro vita adulta a quei disordini dei quali furono testimoni nella loro infanzia. Quante famiglie desolate! Qual confusione nella società! I fratelli nati da diversi matrimoni sciolti non appena formati, non si riconoscerebbero più fra di loro. Le mogli con rapida successione passare nelle braccia di più mariti, non apparterrebbero propriamente ad alcuno.

§ 222.° Il codice civile vigente conformemente ai codici italiani anteriori, non ammette il divorzio; ma la sola morte come causa di scioglimento del matrimonio (art. 148). La differenza tra le cagioni di nullità e di scioglimento del matrimonio si è che le prime suppongono non esistito il matrimonio giuridicamente e lo rendono improduttivo di ogni effetto, eccetto il matrimonio putativo; le seconde suppongono un matrimonio che ha avuta la sua giuridica esistenza, ma che si scioglie con la morte, perocchè *mors omnia solvit*. Non occorre affermare neppure che per morte s'intende la sola morte naturale, non più riconoscendosi la morte civile, ed i condannati alle più gravi pene, non solo non vedono sciolto il matrimonio già contratto prima della condanna, ma possono contrarlo anche dopo, non essendo questo vietato dalla legge; e ciò perchè trattandosi di un diritto originario dell'uomo qual'è quello di potere contrarre il matrimonio, niuna legge poteva senza ingiustizia sconoscere.

Della separazione personale.

§ 223.° Se la legge non riconosce il divorzio, non doveva però mettere i coniugi in uno stato di disperazione, allorchè il matrimonio è divenuto la sorgente funesta di dissapori continui, e gli animi per cause gravi non possono piu riconciliarsi. Essa permette loro la separazione personale, la quale non disciogliendo il vincolo, dispensa dalla coabitazione, ed ha luogo per cause espressamente dalla legge determinate. Esse sono le seguenti:

1. L'adulterio;
2. Gli eccessi, le sevizie, e le ingiurie gravi;
3. Il volontario abbandono;
4. La vita girovaga dal marito;
5. La condanna ad una pena criminale;
6. Il mutuo consenso.

§ 224.° Col fatto dell'adulterio il colpevole viola il primo patto del matrimonio, il suo primo ed essenziale dovere, cioè la fedeltà che è la base della unione coniugale.

Le leggi canoniche trattano con uguale severità l'adulterio dell'uomo, come quello della donna. Esse ravvisano nell'un caso e nell'altro la violazione della fede promessa. Le leggi civili hanno dovuto considerare questo fatto anche sotto la misura del danno che arreca alle famiglie. Si è trattato con maggiore severità l'adulterio della donna, poichè questo porta sangue estraneo nella famiglia del marito, mette à parte degli onori e delle dovizie della famiglia un essere innocente benvero; ma che è frutto del più detestabile dei congiungimenti. Più la donna soffoca ogni affetto nel cuor dello sposo verso la prole non figlia del suo sangue, distrugge ogni affetto coniugale, apporta danno a sè stessa, e fa segno il marito di quel dileggio che la ingiusta opinione pubblica riversa sul suo capo, sebbene non sia stato causa dei trascorsi della moglie; il che costituisce la più grave ingiuria alla persona del marito.

§ 225.° Il concubinato del marito non partorisce effetti così significanti. Pari è la violazione del dovere, ma le conseguenze non sono così gravi. Epperò la donna può domandare la separazione personale, ma quando il marito avrà tenuta nella casa coniugale la concubina, o quando la mantenga notoriamente in altro luogo, o quando concorrono circostanze tali che il fatto costituisce un'ingiuria grave alla moglie, come la iscrizione impudente su lo stato civile di una figlia adulterina, il riunirsi che fa il marito ai figli dell'adultera alla presenza della moglie, ovvero l'andare con quella al teatro o nei pubblici ritrovi, e casi simili. In siffatti casi lo insulto si fa sotto gli occhi della consorte, e costituisce il più crudele degli oltraggi. Il legislatore permette alla moglie nel caso di concubinato di querelare anche il marito in linea penale. Ma scelta l'azione civile non può dopo promuovere il giudizio penale (art. 7 proc. pen.). Però dopo il giudicato pe-

nale si possono chiedere le conseguenze civili del reato, tra le quali può esservi la sepazione personale fondata su lo stesso giudicato penale.

§ 226.° Gli eccessi, le sevizie e le ingiurie gravi di un coniuge all'altro costituiscono la seconda causa di separazione. S'intendono per eccessi quegli atti di trasporti e di furore che possono porre a pericolo la vita del consorte. S'intendono per sevizie quegli atti di crudeltà che brutalmente si usano, ma che però non mettono in evidente pericolo la vita. Simili atti possono commettersi in molteplici modi ed ammettono una infinità di gradazioni. Generalmente, dice Duranton, sono piuttosto l'effetto di una fredda crudeltà, della mancanza assoluta di ogni pietà e commiserazione, anzichè l'effetto del trasporto e del furore, e rendonsi perciò vieppiù odiosi.

Per eccessi, sevizie ed ingiurie gravi, disse l'oratore del governo in Francia, devesi intendere tutto ciò che rende la vita comune insopportabile ad uno degli sposi pei torti dell' altro. Le sevizie sono così molteplici e svariate che la loro natura si riconosce meglio da' fatti, e per cui la legge le abbandona al prudente arbitrio del magistrato, il quale le valuterà secondo il suo criterio morale.

§ 227.° Finalmente le ingiurie gravi sono tutte quelle offese dirette contro l'onore del coniuge, come i libelli famosi, le diffamazioni, le querele false, e le calunnie.

Se le offese e gli eccessi, distruggono la sicurezza, le sevizie privano del riposo, e le ingiurie attaccano l'onore. La calunnia è dunque una ingiuria, poichè contiene una falsa accusa, che attenta alla reputazione ed all'onore.

Chi potrà ricusare, dice d'Aguesseau, ad una moglie falsamente accusata di un capitale delitto, la giusta soddisfazione di separarsi per sempre da un marito che ebbe l'animosità di disonorarla con atroce calunnia. Come! La si vorrà costringere a sostenere in tutto il corso della vita la presenza del proprio accusatore? E si vorranno esporre ambedue i coniugi a tutte le conseguenze funeste di un consorzio infelice, il quale sarebbe un supplizio per l'innocente, assai più che pel colpevole.

§ 228.° Il Pothier dice che rispetto a questa causa il giudice dee aver riguardo alla qualità delle parti. Uno schiaffo od un pugno dato dal marito alla propria moglie che potrebbe essere una causa sufficiente di separazione tra persone civili e di onesta condizione, non sarà tale tra le persone del volgo; salvo che tali offese non sieno reiterate. Deve inoltre considerarsi se il marito sia giunto a tali eccessi senza o per lievi motivi, o se si commisero dopo che sua moglie con oltraggianti discorsi aveva irritata la pazienza di lui. Finalmente bisogna tener conto se fu in una sola occasione che il marito diede in questi eccessi o se furono ripetuti. Il giudice secondo le diverse circostanze debbe essere più o meno facile ad accordare la separazione.

Si è domandato se la infezione sifilitica che un coniuge produce all'altro sia o no causa di separazione, e da valutarsi come un'ingiu-

ria grave. I giureconsulti sono per l'affermativa quando il male si fosse comunicato da un coniuge dopo del matrimonio. Solo Pothier crede che la lue sifilitica non può appoggiare una domanda di separazione, perchè oggidì codesta malattia è curabile. Egli fu a ragione censurato dal dottissimo Merlin e dall' annotatore di Duranton, poichè non vi può essere una ingiuria più atroce di quella, che mentre suppone necessariamente l'adulterio dell'altro coniuge, contamina il sangue e guasta profondamente la sua salute. D' altronde la nuova legge coi termini generali dell'art. 150, non può non comprendere questa offesa alla integrità dell'altro coniuge, tra quei fatti diversi dallo adulterio nella casa coniugale, che costituendo una grave ingiuria, possono formare un giusto motivo di separazione personale.

§ 229.° Il terzo motivo di separazione personale è l'abbandono, il quale consiste nell'allontanamento dalla casa coniugale con intenzione di non più ritornarvi (art. 150). Esso costituisce una grave infrazione ai doveri coniugali di assistenza e coabitazione, ed è nel tempo stesso la peggiore ingiuria che possa farsi ad un coniuge. Con ragione la legge forma dell' abbandono una causa di separazione. L'abbandono dovendo essere volontario e fatto con animo di non fare più ritorno nella casa coniugale, non sarebbe tale quello che spesso avviene per motivi più o meno plausibili, come per cagione di salute, per tema di un morbo contagioso, o per sottrarsi alle ricerche della giustizia, per arrolarsi in un esercito a difesa della patria, e casi simili. Del pari non può dirsi volontario l' abbandono che fa la moglie al seguito di disgusti passaggieri con trasferirsi in casa del padre o della madre o di altri parenti, ma con l'intenzione di far ritorno presso il marito dopo che gli animi sono calmati. Infine non sarebbe volontario, ma giustificato quello fatto da un coniuge dopo fondati sospetti d'infedeltà dell'altro coniuge, o per eccessi o sevizie patite od ingiurie gravi, o di ogni altra causa per la quale la legge stessa autorizza la separazione personale.

§ 230.° In quarto luogo la moglie può chiedere la separazione personale per la vita girovaga del marito, la quale si ha nei seguenti casi: 1° quando il marito non fissi una residenza; 2° quando avendone i mezzi ricusi di fissare la residenza in modo conveniente alla sua condizione (art. 152). Questo motivo di separazione comechè meno grave dei primi non era riconosciuto dalle leggi napolitane del 1819. Esso è stato tratto dalla giureprudenza francese. In ogni modo la floridezza ed il buon ordinamento della famiglia richiedendo una sede stabile, era giusto che la legge avesse fatto obbligo implicito al marito di stabilirla; salvo se giuste ragioni glielo impedissero. Il giudizio del giusto motivo è rimesso al criterio del magistrato, e noi crediamo che possa reputarsi tale il commercio ambulante di certi industrianti, i viaggi scientifici dei naturalisti, il trasferirsi ora in un luogo ora in un altro per cagione della propria arte, come avviene pei paesisti, ed i commessi viaggiatori degli studi di commercio.

Ove il marito non fissi la residenza conveniente alla propria condizione viola il diritto della moglie, la quale dovendo seguire la condizione del marito, ha diritto ad un trattamento pari a codesta condizione; comunque i mezzi proprii della donna richiedessero anche un trattamento migliore. Del resto la condizione della donna formerà anche oggetto di particolare apprezzamento per bene estimare questo nuovo motivo di separazione accolto dalla legislazione vigente.

§ 231.° In quinto luogo la condanna ad una pena criminale offre altra causa di separazione (art. 151); avvegnachè tale condanna apportando grave disonore al coniuge contro il quale fu pronunziata, rende all' altro che conserva la pienezza della sua stima intollerabile la convivenza con l'altro (art. 151). Infatti se un coniege è condannato per falsario, per omicida o per reato di brigantaggio, non è giusto di forzare l'altro coniuge a convivere con lui. Egli è indifferente se la pena siesi espiata, prescritta o condonata per grazia sovrana, poichè se questa libera dal dolore corporale della pena. non toglie la disistima incorsa con la perpetrazione del maleficio. Egli è dei pari indifferente se il reato siesi commesso prima o dopo il matrimonio, purchè la condanna abbia luogo dopo. Solo per eccezione la legge dà il diritto ad uno dei coniugi di domandare la separazione contro l'altro l'altro coniuge stato condannato ad una pena criminale prima della celebrazione del matrimonio, quando abbia ignorato tale condanna (art. 151). Se poi era consapevole della stessa, non può per tal causa domandare la separazione, poichè egli ha con ciò mostrato di non interessarsi punto della disistima che incontrava unendosi a colui che trovavasi già dichiarato colpevole; nè potrebbe essere ascoltato dopo, tuttochè gli sembrasse dura la convivenza col coniuge condannato.

§ 232.° La pena inflitta con la condanna dee essere criminale. Le pene criminali sono la morte, i lavori forzati a vita o l'ergastolo, i lavori forzati a tempo, la reclusione, la relegazione e la interdizione dai pubblici ufficii (art. 13 cod. pen). A qualificare il reato per vedere se sia crimine o delitto bisogna attendere alla pena realmente applicata dal magistrato penale, non già al titolo primitivo del reato; quindi non si può ammettere la separazione per condanna a pena correzionale sia per un delitto originariamente tale, sia per un fatto che sebbene crimine in origine come un furto qualificato, per circostanze attenuanti soggettò il suo autore a pena correzionale. Dovrebbe dirsi diversamente della commutazione della pena criminale in correzionale per grazia sovrana. Solo crediamo che la riabilitazione ottenuta prima della domanda di separazione, supponendo emendato il condannato e cancellando la disistima incorsa con la condanna, dovrebbe importare l'assoluzione del convenuto (1).

§ 233.° Finalmente la separazione può farsi per consenso reciproco dei coniugi, ma deve essere omologata dal tribunale (art. 138).

(1) Duranton. vol. II, pag. 559, Demolombe, vol. IV pag. 896, e Vazeille, vol. II, 556.

Questa è la forma più adatta di separazione, allorchè non si vogliono ventilare nell'aula della giustizia i segreti più gelosi della famiglia ed i fatti ordinariamente scandalosi che danno luogo al separamento di casa; e provvedere nel contempo ad una futura concilia zione, poichè non inasprisce gli animi come avviene dopo l'attrito di un giudizio per alcuna delle cause anzidette. Il tribunale dee sempre approfondire le giuste cause che hanno spinto i coniugi a separarsi di mutuo accordo. Codesto accordo dev'essere non solo espresso nel relativo istrumento dove sono determinati i patti della separazione, ma dee continuare fino a che la separazione è stata omologata, poichè gli è appunto codesta omologazione che rende irretrattabile il consenso. Il tribunale di Napoli avendo in una specie opinato diversamente in difformità delle nostre conclusioni, la sua sentenza venne rivocata dalla Corte di Appello (1).

§ 234.° Per aver luogo la separazione sia giudiziaria, sia consensuale occorre il preliminare di conciliazione dinanzi al presidente del tribunale civile, il quale dee sentire separatamente l'uno e l'altro coniuge e fare in seguito ad entrambi le rimostranze che crede atte a conciliarli. Se la conciliazione riesca, il presidente la fa risultare da processo verbale, che deve contenere l'indicazione dell'anno, del mese e giorno, il nome e cognome; il domicilio o la residenza dei coniugi; la data del decreto che ordinò la comparizione dei medesimi, le sottoscrizione dei coniugi, del presidente e del cancelliere. Se la conciliazione non riesca o la parte citata non comparisca, il presidente rimette con decreto le parti avanti il tribunale, e dà i provvedimenti temporanei che ravvisi urgenti nell'interesse dei coniugi e della prole (art. 808 proc. pen.). La notificazione del decreto che rimette le parti davanti il tribunale si fa soltanto alla parte che non sia stata presente alla pronunciazione di esso, e contiene citazione a comparire (art. 809). Nella citazione devono enunciarsi i fatti che sono appunto costitutivi di ciascuna causa di separazione prevista dalla legge. La sola incompatibilità di carattere, i modi semplicemente irruenti, lo stato di povertà, i rovesci di fortuna, la mancata iscrizione dei figli su lo stato civile, la vendita di oggetti di pertinenza di un coniuge, la stessa sottrazione di effetti e cause simiglianti, non possono dar diritto a chiedere la separazione, essendo le cause enunciate dalla legge tassative e non esemplificative.

§ 235.° Le cause ammesse dalla legge per autorizzare la separazione personale essendo basate su fatti dei quali non è sempre possibile la prova scritta, vanno comprovati anche col mezzo di testimoni, i quali possono essere anche i parenti, gli affini e domestici dell'uno e dell'altro coniuge, trattandosi di fatti che avvengono nel segreto delle pareti domestiche, e che non potrebbero altrimenti stabilirsi; salvo per altro il diritto di ricusa che la legge riconosce (art. 236

(1) Sentenza della Corte di appello di Napoli del 17 marzo 1871.

e 237 cod. proc. civ.). La prova scritta può risultare da qualunque carta provveniente dall'altro coniuge, ed anche dalle lettere da esso all'altro inviate. Solo le lettere dirette a terze persone e carpite con dolo non possono fare stato nei giudizii di separazione, poichè la lettera essendo un segreto e proprietà di colui al quale è diretta, non è lecito di procurarsela con mezzi subdoli. D'altronde è cosa sommamente immorale che una persona terza offra la lettera a sè diretta all'altro coniuge onde ne formi la base di un giudizio astioso di separazione. Ed ove la persona cui è diretta fosse intesa su le cose nella medesima scritte, tuttochè ingiuriose, non potrebbero le stesse avere alcuna influenza nel giudizio. Senonchè ove si scrivessero al padre od alla madre della sposa cose infamanti a carico della propria figlia, crediamo che in tal caso la lettera offrendo una ingiuria comune a chi riceve la lettera ed alla persona del coniuge, possa nella concorrenza di altre prove legittimare una domanda di separazione.

§ 236.° L'azione di separazione personale essendo strettamente personale, non può essere iniziata da persone diverse dai coniugi offesi. Ma promossa una volta l'azione non può essere arrestata nel suo corso che da cagioni dipendenti dalla volontà dei coniugi, come la riconciliazione e la rinuncia alla lite o la perenzione della istanza. Invece la morte del coniuge non può essere di ostacolo al prosieguo della lite per le conseguenze civili, epperò ammettiamo la opinione degli annotatori del Paillet che estendono l' avviso degli scrittori a tutti i casi pei quali può chiedersi la separazione personale; per modo che la domanda sarà proseguita non solo se venne fondata su l' adulterio, ma su gli eccessi, le sevizie e le ingiurie gravi. Tale opinione prende origine dalla legge 139 Dig. de reg. iur. Pertanto il Marcadè nella spiegazione dell'articolo 307 del codice francese sostiene che il prosieguo del giudizio dopo la morte di uno dei coniugi potrebbe proporsi unicamente lo scopo di far decidere se la separazione avrebbe o no avuto luogo onde inferirne a danno di chi gravitino le spese della lite, ma crede non possa più dopo la morte di uno dei coniugi pronunciarsi la separazione personale. L' illustre giureconsulto aggiunge, che in un'azione così sacra come quella della separazione di corpo, il dritto sia riservato esclusivamente a colui nella persona del quale risiede l'interesse morale su cui essa è fondata, e che dare una contraria decisione torni lo stesso che confondere lo spirito e la materia, e degradare gl' interessi morali, mettendoli al medesimo livello degl' interessi pecuniarii.

Questa dottrina del Marcadè non sembra fondata in diritto, nè in fatto. In diritto, perchè le azioni, tuttochè personali, una volta dedotte in giudizio non si rallentano per la morte dell'attore. Nel fatto, perchè un coniuge vittima dei maltrattamenti dell'altro potrebbe soccumbere nel mezzo della lite, e la legge avrebbe dato il premio al coniuge reo, permettendo che ritenesse i doni ed i lucri nuziali non che i dritti di successione. A queste ragioni vogliono aggiungersi ancora le altre che derivano dagli articoli 156 del codice italiano per effetto del quale

il coniuge reo perde i diritti a tutti gli utili che il consorte gli avea accordati nel contratto matrimoniale, ed anche l'usufrutto legale.

§ 237.° Alla domanda di separazione di un coniuge può seguire una domanda riconvenzionale per parte dell'altro coniuge, ed in tal caso dichiarata la separazione per colpa reciproca, gli effetti saranno corrispondenti a codesta dichiarazione.

§ 238.° Le eccezioni da potersi proporre contro la domanda di separazione sono due: la riconciliazione e la complicità nei fatti commessi dall'altro coniuge.

La riconciliazione estingue il diritto di domandare la separazione personale; poichè se le colpe dei coniugi potevano dar luogo alla stessa, obbliate le colpe e le passate discordie la separaziono non ha più ragione di essere pronunciata (art. 153). Senonchè laddove colpe novelle sopravvengono, il coniuge offeso può riunirle alle precedenti in sostegno della sua domanda. Secondo il diritto romano se dopo mandato il libello del ripudio, ogni sdegno veniva meno, il matrimonio rimaneva fermo: *Si poenituit eum qui libellum tradendum divortii dedit, isque per ignorantiam mutatae voluntatis oblatus est, durare matrimonium dicendum* (1).

La riconciliazione può essere espressa o tacita. La prima risulta da dichiarazioni formali da parte dei coniugi; la seconda dal fatto della coabitazione avvenuta dopo le cause che davano luogo alla separazione, o da tutti quegli altri che inducono la calma, come il ritorno della moglie nella casa maritale, l'essere andati insieme ai pubblici spettacoli, e casi simili.

In secondo luogo la domanda di separazione non è ammissibile quando il coniuge attore sia stato complice dei fatti su' quali intende di appoggiare la sua domanda, come se nell'adulterio della moglie il marito vi abbia tenuto mano, o sia colpevole di lenocinio nelle dissolutezze della stessa; se il marito fu condannato come autore di furto a pena criminale e la moglie a pena correzionale come ricettatrice o complice secondaria nello stesso reato. In tal caso non può la moglie chiedere la condanna contro il marito, poichè la disistima incorsa da entrambi non permette di farne rimprovero ad un solo (arg. dall'art. 484 cod. pen.). Ove poi i torti sieno fatti distinti, tuttochè scambievoli, e ciascuno offre le condizioni legali per dare sostrato ad una domanda di separazione, come se il marito ha commesso degli eccessi contro la moglie, e costei sia reo di adulterio, sarà la separazione ammessa per colpa di entrambi.

§ 239.° Il giudizio di separazione ha luogo secondo le regole stabilite dal codice di procedura civile (art. 806 a 811). Il tribunale può durante il giudizio dare i provvedimenti temporanei che stimerà urgenti nell'interesse dei coniugi, come a separarli provvisoriamente, ad indicare il luogo dove la donna dee rimanere, e specialmente la

(1) L. 7, Dig. de divortiis et repud.

cura dei figli, e la determinazione della persona alla quale devono essere affidati, non che il loro mantenimento (art. 807 cod. proc. civ.). Può anche ordinare per gravi motivi, come nei casi di comuni dissolutezze tra coniugi, che i figli sieno collocati in un istituto di educazione o presso terza persona. Ma qualunque sia la persona o il luogo dove i figli devono rimanere il padre e la madre conservano il diritto di vederli e vigilare la loro educazione (art. 155). Qualora trattisi di separazione per reciproco consenso i coniugi devono stabilire le condizioni della separazione per rispetto ad essi ed alla prole; altrimenti vi provvederà il tribunale. Senonchè i provvedimenti all' uopo presi dai coniugi od ordinati dal tribunale possono su l' istanza delle parti essere modificati o revocati dal tribunale secondo le circostanze (art. 810 e 811 cod. proc. civ.).

Degli effetti della separazione personale.

§ 240.° La separazione personale produce effetti riguardo ai coniugi, alla loro prole, ed al patrimonio.

La separazione per rispetto ai coniugi li scioglie dall' obbligo dell'assistenza e coabitazione, e dalle conseguenze giuridiche che ne derivano. La donna può eleggersi un domicilio a se; ma non lo potrebbe in luogo che la morale condanna, poichè al marito rimane il diritto di vigilarne la scelta.

Al contrario la separazione personale non iscioglie la moglie dal dovere di fedeltà; epperò il marito può agire contro di lei per adulterio. Da ciò deriva che il figlio nato durante la separazione reputasi di avere per padre il marito, eccetto se fosse stata celata ancora la gravidanza, nel quale caso il marito sarebbe ammesso a provare la illegittimità del figlio (art. 163). Al contrario la moglie non potrebbe agire contro il marito, poichè non esistendo più la casa coniugale giusta l' art. 483 del codice penale, non può punirsi il concubinato che sia stato in altro luogo commesso.

La separazione personale non estingue l' obbligo degli alimenti, i quali sono dovuti anche a favore del coniuge reo, purchè si trovi nel bisogno di domandarli (art. 137). Al contrario il diritto di successione si conserva dal coniuge innocente, e si perde dal coniuge reo (art. 757).

§ 241.° Quanto ai figli dei coniugi separati, il tribunale stabilirà presso quale fra essi devono rimanere, e provvederà al loro mantenimento ed alla loro educazione, potendo nei casi gravi disporre che la prole sia collocata in un istituto di educazione o presso di una terza persona (art. 154). Il tribunale avrà cura di affidare al coniuge innocente la prole, come a quello la cui morale non ha sofferto attacchi; eccetto se per la età troppo tenera dei figli occorresse di farli rimanere con la madre, tuttochè rea ella fosse. Secondo il diritto romano i figliuoli fino a tre anni si affidavano alla madre. L'obbligo del man-

tenimento dei figli sarà sempre a carico di entrambi i coniugi o di quel solo che è in grado di somministrarglieli. Egli è codesto un dovere sacro che per qualunque causa i coniugi debbono adempiere; quindi se i figli fossero affidati al marito, la moglie è in dovere di lasciare una quota dei frutti dotali per essi, malgrado che la separazione non fosse avvenuta per sua colpa.

§ 242.° Finalmente, la separazione per rispetto ai beni importa che il coniuge per colpa del quale fu pronunciata incorre nella perdita dei lucri dotali, di tutti gli utili che l'altro coniuge gli avesse concessi col contratto di matrimonio, ed anche dell'usufrutto legale (art. 156). Se quindi la separazione sia avvenuta per causa del marito la moglie riprende tutti i frutti della dote, e se fossero insufficienti al mantenimento di lei, il marito è in obbligo di assegnarle un congruo supplemento. I frutti della dote spettavano al marito *ad substinenda onera matrimonii*, ed all'uopo la legge gli dava l'usufrutto legale sui beni dotali; ma dopo la separazione la moglie dee riprenderli poichè sono a lei necessarii, e facendosi ritenere dal marito colpevole, si sarebbe premiato il delitto. La moglie ripiglia l'amministrazione dei proprii beni parafernali, ove l'avesse affidata al marito; ma non può alienare gl'immobili senza la sua autorizzazione, ed in caso d'ingiusto rifiuto senza quella del tribunale. La separazione personale può autorizzare domande per la separazione della dote e per lo scioglimento della comunione (art. 1418 e 1432).

Secondo le leggi civili del 1819 la separazione personale non privava il coniuge reo dei diritti di successione. Al contrario il codice italiano sancisce una tale perdita, non essendo giusto che il coniuge colpevole tragga vantaggio dalla morte del coniuge innocente, la quale potè essere anticipata dai dissapori e dalle amarezze provate durante il matrimonio (art. 757).

Il coniuge innocente ha diritto ai lucri e ad ogni altro utile dipendente dal contratto di matrimonio, sebbene sieno stati stipulati con reciprocanza. Se poi la sentenza di separazione è pronunziata per colpa di ambedue i coniugi, ciascuno di essi incorre nella perdita sopra accennata, salvo sempre il diritto agli alimenti in caso di bisogno (art. 157).

TITOLO VI.

DELLA FILIAZIONE.

§ 243.° Dopo aver trattato del matrimonio, delle sue condizioni, delle obbligazioni che da esso derivano, e delle cagioni per le quali si annulla o si scioglie, o vi è luogo a separazione personale, l'ordine delle idee esige che si parli del primo effetto del matrimonio, cioè della *paternità* e *filiazione*. Siffatte voci esprimono qualità correlative; la prima quella di padre, la seconda quella di figlio.

La filiazione può essere legittima o illegittima. La prima è la prole

nata e concepita durante il matrimonio, e per favore di legge anche quella concepita prima e nata durante il matrimonio; la seconda è quella concepita e nata fuori del matrimonio. Epperò tratteremo separatamente le due specie di filiazioni, cioè prima della legittima, e delle prove che valgono ad assicurarla, dopo della naturale.

CAPO I.

Della filiazione della prole concepita e nata durante il matrimonio.

§ 244.° Per istabilire la filiazione legittima due cose devono assodarsi indispensabilmente: 1° il matrimonio dei genitori che hanno dato alla luce il figlio; 2° la sua filiazione materna e paterna, cioè che sia nato dalla donna che pretende per madre e dal marito di questa donna. Or di queste due cose, può stabilirsi in modo diretto soltanto il matrimonio e la filiazione materna, poichè la gravidanza manifestandosi con segni visibili fece affermare ai giureconsulti romani che la madre abbenchè non fosse maritata è sempre certa: *Semper certa est mater, etiam si vulgo conceperit* (1). Al contrario la filiazione paterna o la paternità è inviluppata nelle tenebre, poichè la legge inesorabile del pudore richiede che l'uomo si celi all'occhio altrui, allorchè dà luce agli esseri a se simili. Ecco perchè fu d'uopo che i legislatori ricorressero alla prova indiretta, cioè ad una presunzione che tenesse le veci di una prova fino a quando non venga da altra prova distrutta. Codesta presunzione si è quella che le persone congiunte in matrimonio abbiano esse sole dato alla luce i figli nati durante il medesimo o fra trecento giorni dopo il suo scioglimento. La legge romana proclamò quindi la massima che si reputa per padre quegli che tale è dimostrato dalle giuste nozze: *Is pater est quem nuptiae demonstrant* (2), e la stabilì come regola fondamentale della società di famiglia: nè codesta presunzione cessa malgrado i trascorsi della madre, potendo anche in tal caso i figli essere procreati dal marito: *Cum possit et uxor adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse* (3). La legge correlativa alla 5 *Dig de in ius voc.*, dichiara che si considera figlio quello che nasce dal marito e dalla di lui moglie: *Filium eum definimus qui ex viro et uxore eius nascitur* (4).

§ 245.° Malgrado la presunzione della legge che ritiene il marito qual padre del figlio concepito durante il matrimonio (art. 159); pure non si è voluto con ciò attentare alle regole immutabili della verità, e consultandosi la scienza della vita si sono fissati i periodi più brevi o più lunghi della gravidanza per potersi riconoscere solo in tali

(1) L. 5, Dig. de in ius vocando.
(2) L. 5, Dig. eod. tit.
(3) L. 11. § 9. Dig. ad leg. Iul. des adulteriis.
(4) L. 6, Dig. de his qui sui vel alicui iuris sunt.

casi la legittimità del figlio; poichè malgrado la enunciata presunzione non si poteva attribuire al marito un figlio nato dopo pochi giorni dal matrimonio, mentre il lavorio della natura per formarlo vivo e vitale, non può essere minore di un tempo molto più lungo.

§ 246.° In ordine al tempo del concepimento la legge presume concepito durante il matrimonio il figlio nato non prima di cento ottanta giorni dalla sua celebrazione, nè dopo trecento giorni dallo scioglimento od annullamento di esso (art. 160). Siffatta regola si è fondata su la opinione dei fisiologi che fissano la più corta gestazione a cento ottanta giorni e la più lunga a trecento giorni. Coteste regole ci furono trasmesse dalla romana legislazione. Infatti per rispetto alle nascite premature volendo il giureconsulto Ulpiano applicare al figlio di una manomessa la massima che il figlio nasca libero se al tempo del concepimento o in quello della nascita, o nel frattempo la madre era libera, dice su l'autorità d'Ippocrate, che il figlio nato centottantadue giorni dalla manomissione di sua madre si ritiene concepito dopo che ella divenne libera (1). Quanto alle nascite tardive la legislazione romana riconobbe di estendersi la gravidanza fino al decimo mese compiuto, cioè fino a trecento giorni; epperò il figlio nato fra dieci mesi dalla morte del padre fu sempre ritenuto legittimo (2). La formula ordinaria dei primi tempi nell'istituire erede un postumo era concepita così: *Qui mihi filius, filiave, post mortem meam, in decem mensibus natus, naturae erit haeres esto* (3). Invece il figlio nato dopo trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio per la morte del marito si riteneva illegittimo: *Post decem menses mortis, natus non admittitur ad legitimam haereditatem* (4).

Per aver luogo la presunzione del concepimento durante il matrimonio di un figlio nato fra trecento giorni dopo lo scioglimento del medesimo, occorre che la donna non abbia in questo intervallo partorito antecedentemente un altro figliuolo, nè contratto un secondo matrimonio; poichè nel primo caso il figlio sarebbe indubitatamente illegittimo, e nel secondo caso spetterà al tribunale di decidere se il figlio appartenga al primo o al secondo matrimonio. trovandosi a fronte due presunzioni a nessuna delle quali può darsi la preferenza.

Il computo del tempo dee farsi a giorni e non ad ore (art. 2133), nè deesi computare il giorno della celebrazione e dello scioglimento, giusta la nota regola *dies a quo non computatur in termino*. Invece dee esservi compreso il giorno nel quale finiscono i cento ottanta od i trecento giorni per l'altra regola che il giorno *ad quem* si considera nel termine (art. 43 proc. civ.).

§ 247.° In conseguenza delle cose dette di sopra il figlio che nasca o prima dei cento ottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, o dopo i trecento giorni dallo scioglimento del medesimo, dee reputarsi

(1) L. 3, § 12. Dig. de suis et legitimis hered.
(2) L. 29 princip. Dig. de liber. et posthum.
(3) L. 29, Dig. eod. tit.
(4) L. 3, § 11, Dig. de suis et legit. hered.

illegittimo; poichè sì nell'uno come nell'altro caso cessa la presunzione che sia stato concepito durante il matrimonio. Nondimeno potendo essere padre del figlio quegli che dopo il suo concepimento tolse in moglie la madre, la legge ritiene legittimo anche tal figlio; salvo se il suo concepimento sia adulterino, qualora il padre che lo generò fosse stato legato in matrimonio con altra donna.

Se però il figlio è nato prima che sieno trascorsi cento ottanta giorni dopo il matrimonio, il marito e dopo la sua morte gli eredi di lui non potranno disconoscerne la paternità nei casi seguenti:

1.° Quando il marito fosse consapevole della gravidanza prima del matrimonio; e ciò perchè egli è presunto autore della medesima, non essendo possibile supporre che vi sia uomo tanto privo di pudore che sposi la donna incinta per opera altrui (art. 161). Codesta consapevolezza sebbene difficile ad essere assicurata, non è però impossibile come altri credettero; e quindi va fatta con ogni mezzo di prova sia scritta o testimoniale, sia diretta od indiretta e presuntiva.

2.° Quando costi dall' atto di nascita che il marito abbia assistito all'atto di nascita sia personalmente, sia per mezzo di altra persona da lui specialmente autorizzata per atto autentico (art. 161). In tal caso riconoscendo il padre il proprio figlio, non potrebbe contro il fatto proprio agire con l'azione di denegata paternità, anche perchè se egli non fosse stato autore della gravidanza, avrebbe risentita la maggiore delle offese dalla nascita di un figlio illegittimo, e fatte le più sollecite proteste per disconoscerlo.

3.° Quando il figlio sia stato dichiarato non vitale (art. 161); e ciò perchè essendo l' interesse la misura delle azioni, il marito non avrebbe alcuna ragione per impugnare la legittimita di un essere non esistente, tranne quello di disonorare la moglie. D'altronde la non vitalità del fanciullo potrebbe spiegare la sua nascita prematura.

§ 248.° Oltre il caso del rifiuto di riconoscersi il figlio nato prima dei cento ottanta giorni dal matrimonio, il marito può ricusare di riconoscere il figlio concepito durante il matrimonio col provare che nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio egli era nella fisica impossibilità di coabitare con la moglie per causa di allontanamento o per effetto di altro accidente (art. 162). Se quindi un marito sia andato fuori e ritorna dopo trecento giorni nel domicilio maritale, e dopo due altri mesi la moglie si sgrava di un figlio, è chiaro che questo non può appartenere al marito assente, non potendo rimontare il suo concepimento ad epoca anteriore alla partenza, nè dopo il suo ritorno, non essendo possibile che nasca vitale un fanciullo dopo due mesi dal concepimento. Del pari se durante l' assenza del marito la moglie si sgravi di un figlio dopo trecento giorni dalla sua partenza, può essere sconosciuto dal marito al quale non può certo appartenere.

Per allontanamento s' intende un viaggio all' estero od in qualsiesi altro paese, senza mai aver fatto ritorno in casa della moglie, perchè

un solo istante di riunione basta per escludere quell'allontanamento continuo che la legge richiede per dare ingresso all'azione di denegata paternità.

Per accidente dee intendersi ogni fatto che senza tenere i coniugi lontani abbia reso fisicamente impossibile la loro coabitazione, come una malattia grave o l'impotenza del marito; ma nei casi dubbii bisogna decidere a favore della legittimità, poichè la presunzione della legge è per la onestà e fedeltà della donna.

§ 249.° Il marito può anche ricusare di riconoscere il figlio concepito durante il matrimonio, se nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita viveva legalmente separato dalla moglie (art. 163); poichè in tal caso se non è sciolto il vincolo coniugale è cessata la vita comune fra coniugi e la coabitazione che era la condizione essenziale per aver luogo il concepimento del figlio. Tale diritto non gli spetta quando vi sia stata riunione anche soltanto temporanea fra i coniugi (art. 163). Anche quando la riunione non abbia fatto cessare la separazione, pure sarà ritenuta sufficiente a far respingere l'azione di denegata paternità.

§ 250.° Il marito può inoltre esercitare l'azione di denegata paternità a causa della sua impotenza (art. 164). Le nostro leggi del 1819 non ritenevano la impotenza naturale per non riconoscere il figlio (art. 235) cioè quella anteriore al matrimonio, e non già quella posteriore. La prima ritenevano immorale e non mai sicura, poichè se al marito era nota la sua l'inattitudine a poter generare, e tuttavia si maritava ingannando la donna che scelse a sua compagna, dovea imputare a sè stesso la temerità propria: ma non era la stessa cosa per lo sventurato che non potea cooperare al concepimento per cause indipendenti dalla sua volontà, epperò la legge lo ammetteva ad esercitare l'azione di denegata paternità. Al contrario secondo il codice vigente non è punto necessario che la impotenza sia posteriore al matrimonio, poichè trattandosi di assicurare lo stato dei figli non si è creduto regolare che si ritenesse per legittimo quegli che non può essere tale per la impotenza manifesta del marito, tuttochè anteriore al matrimonio. Solo per dare luogo all'azione di nullità la impotenza dee essere anteriore al matrimonio, reputandosi questa soltanto immorale, perchè colui che si trova in tale stato non dee contrarre matrimonio per ingannare l'altro coniuge, e metterlo in una condizione difficile, ovvero costringerlo ad animare il giudizio per sè stesso poco decoroso di nullità per causa d'impotenza (art. 107).

§ 251.° Il marito non può poi agire con l'azione di denegata paternità pel fatto dell'adulterio della moglie, poichè anche in tal caso potendo il figlio appartenere al marito od al complice, nel dubbio si presume del primo. Ma se all'adulterio si aggiunge il celamento della gravidanza, si avrà un grave indizio che unito al fatto dell'adulterio dà diritto allo esperimento dell'azione; e sarà ammesso in tal caso a giustificarla con ogni genere di pruova, anche nel giudizio stesso in

cui propone il suo richiamo, così i fatti dell'adulterio e del celamento della gravidanza, come tutti gli altri tendenti ad escludere la paternità (art. 165). L'occultamento della gravidanza è grave indizio per escludere la paternità; ma la moglie potrebbe esservi stata indotta dai timori degli eccessi gelosi del suo marito. Ecco perchè la legge nella concorrenza dell'adulterio e del celamento della gravidanza non ritiene la prova completa, ma solo consente che l'azione abbia il suo ingresso; salvo a giustificarla con ogni genere di prova; ma non è necessaria la impossibilità morale della coabitazione come terza condizione.

La prova delle dette condizioni è sì essenziale che neppure la confessione della madre può farne le veci, trattandosi di attaccare lo stato dei cittadini che è di pubblico interesse, e non dee essere pregiudicato con false assertive delle parti. D'altronde la confessione della madre diretta ad escludere la paternità del marito sarebbe immorale comechè contenente la confessione della propria turpitudine, ed anche illegale pel pregiudizio che verrebbe ad arrecare al terzo.

La prova delle eccezioni opposte all' azione di denegata paternità può essere fatta con tutti i mezzi riconosciuti dalla legge, cioè anche coi testimoni e con le presunzioni.

§ 252.° L'azione di denegata paternità appartiene per regola generale al solo marito della donna dalla quale nacque il figlio che vuole disconoscersi, e ciò perchè egli soltanto è la vittima principale dell'oltraggio derivante dal nascimento di una prole illegittima, e perchè come capo della famiglia è principalmente interessato a tutelare il proprio patrimonio (art. 166). Al contrario una tale azione non può essere esperimentata dai creditori, e neanco da colui che ha ricevuto in dono parte dei suoi beni, allorchè il figlio creduto illegittimo o lo stesso donante si fa a domandare la rivoca della donazione per sopravvenienza di figli. Del resto ove la nascita del figlio fosse una evidente impostura creata per rivocare la donazione, come una supposizione o sostituzione di parto, crediamo che in tal caso dee valere la regola generale che l'interesse è la misura delle azioni; salvo il principio della prova scritta da doversi somministrare dal donatario o la dimostrazione di esistere fatti già provati di tale importanza da rendere ammissibile la prova testimoniale. In tali casi può muoversi controversia su lo stato di colui che dicesi figlio, tuttochè abbia a suo favore l'atto di nascita ed il possesso di stato conforme a tale atto (art. 174). Ove il marito sia interdetto crediamo, malgrado le opinioni contrarie di scrittori accreditati (1) che il tutore con l'approvazione del consiglio di famiglia e del tribunale, possa esperimentare l'azione di denegata paternità, non essendovi limite per parte della legge alla rappresentanza del tutore, spettando a costui di provvedere alla tutela della personalità e del patrimonio dello interdetto. D'altronde i termini della legge essendo prescritti a pena di decadenza, non potrebbero

(1) Maleville, art. 316, Duranton, vol. III, pag. 68, Pacifici Mazzoni vol. II. pag. 337.

essere prolungati per le diverse cagioni per le quali si arresta il corso ordinario della prescrione. Avremmo adunque un'azione che non può essere esperimentata dal tutore sul presupposto che la legge non gliene porge la facoltà, e non potrebbe essere esperimentata dallo interdetto per fisica e morale impossibilità ; il che darebbe luogo alle frodi più scandalose in danno di essere infelici meritevoli del maggiore favore della legge, comechè colpiti dalla più miserevole delle infermità.

§ 253.° Dopo la morte del marito l'azione di denegata paternità può essere promossa o continuata dai suoi eredi siano legittimi siano testamentarii (art. 167). Senonchè per rispetto agli eredi è necessario che il loro autore non ne fosse decaduto nel tempo della sua morte; altrimenti non potrebbe trasferirsi un diritto che più non sussiste da parte di colui dal quale deve derivare il suo trasferimento. L'azione appartenendo agli eredi individualmente, sarà esercitata da coloro soltanto che accettarono la eredità, ai quali non potrà nuocere la rinunzia fatta e la decadenza incorsa da altri coeredi.

§ 254.° Intenta la legge a togliere ogni incertezza prolungata su lo stato dei cittadini, fissa a due o tre mesi soltanto il tempo entro cui dee essere esperimentata l'azione di denegata paternità. La brevità del termine è fondata altresì su la ragione che in fatti molto oltraggianti per l'onore del marito, egli agirà subito se crede impugnare la legittimità del figlio nato dalla propria moglie; come per contrario il suo lungo silenzio fa supporre che ne abbia riconosciuta la legittimità. Il marito dee quindi promuovere l'azione di denegata paternità fra due mesi dalla nascita del figlio, quando si trovi nel luogo in cui questi è nato (art. 166); ed è indifferente se conviva con sua moglie o ne sia separato legalmente o di fatto. Se poi il marito abbia ignorata la nascita del figlio i due mesi non cominceranno a decorrere che dal giorno in cui egli ne ebbe notizia. Deve promuoverlo entro tre mesi dopo il suo ritorno nel luogo in cui è nato il figlio, od in cui è stabilito il domicilio coniugale; ed in caso che abbia ignorata la nascita, i tre mesi decorreranno dal giorno in cui ne abbia avuto notizia. Da ultimo il marito dee promuovere l'azione di denegata paternità entro tre mesi dopo scoperta la frode, quando gli fosse stata celata la nascita.

Egli è agevole di comprendere che i termini sopra enunciati devono essere osservati dal marito, allorchè il figlio si fosse dichiarato come nato da lui, ed avesse l'atto di nascita ed il possesso di stato; poichè nel caso contrario il padre non può essere ammesso a sperimentare un'azione che mancherebbe di oggetto: salvo di contrastare lo stato di colui che in qualunque tempo potesse agire per reclamare lo stato di figlio sia legittimo sia naturale.

§ 255.° Quanto agli eredi essi devono sperimentare l'azione entro due mesi computabili dal tempo in cui il figlio sia entrato nel possesso dei beni del defunto, o dal tempo in cui gli eredi fossero tur-

bati dal figlio in siffatto possesso (art. 167). Codesta disposizione riceve uguale applicazione ove il figlio si fa a reclamare la successione di qualche parente del marito di sua madre, la quale sia dovuta agli eredi di colui del quale reclama la paternità. La turbativa del possesso deve essere di diritto, poichè per rispetto alle turbative di fatto si provvede coi mezzi ordinari ed anche con le querele in via penale per danno o per furto.

I termini dei quali abbiamo fatto di sopra menzione non sono sospesi dalla età minore di colui che intende agire con l'azione di denegata paternità, o dalla età minore ed interdizione degli eredi, potendo agire in tal caso, giusta le cose da noi osservate dinanzi, colui che legalmente rappresenta il minore o l'interdetto, poichè qui trattasi di decadenza di diritti non esercitati, non già di prescrizione (1).

§ 256.° L'azione di denegata paternità deve essere proposta contro il figlio se è maggiore di età, e, se è minore o interdetto in contraddittorio di un curatore deputato dal tribunale davanti al quale il giudizio è promosso (art. 168). Giusta i termini generali della presente disposizione la nomina del curatore dee aver luogo anche quando vi fosse la nomina di un tutore, il quale potendo essere parente con coloro che sono gli attori nel giudizio, non offrirebbe una efficace rappresentanza al minore in cosa di tanta rilevanza. Se poi fosse persona estranea e di fiducia del tribunale, niente impedisce che sia lo stesso tutore destinato a curatore speciale per rappresentare il minore, quando niun'altra ragione d'incompatibilità ciò divietasse. Nel giudizio dee essere anche chiamata la madre, come la principale interessata, in una disputa che a preferenza interessa il suo onore, e la quale può d'altronde fornire al figlio attore i mezzi di difesa più opportuni.

§ 257.° Se l'azione di denegata paternità è ammessa, il figlio contro cui fu diretta viene dichiarato illegittimo, e cessando di appartenere alla famiglia del marito di sua madre, non può assumerne ulteriormente il cognome; e l'atto di nascita dee essere rettificato nel senso della sentenza pronunciata dal tribunale. Ciò per altro non toglie che il figlio possa domandare la rettifica del suo cognome, osservate le regole al riguardo stabilite nel decreto del 1865.

Se invece l'azione intentata dal padre fu respinta, resta nella famiglia, continua a portarne il cognome, e può esercitare tutti i diritti che sono conseguenza dello stato rimasto impregiudicato, malgrado le impugnazioni alle quali andò soggetto.

La sentenza poi che accoglie o rigetta l'azione di denegata paternità promossa dal marito fa stato contro tutti gli eredi del marito, e dei terzi che in qualunque modo abbiano interesse alla legittimità od illegittimità del figlio; nè sarebbe lecita alcuna opposizione di terzo per parte di qualunque interessato; nè può dirsi diversamente quando il giudizio fu promosso da tutti gli eredi del marito. Ma se l'azione fos-

(1) Aubry e Rau, e Laurent, vol. III. pag. 450.

se stata promossa da un solo o da più di detti eredi, non potrebbe nuocere o giovare agli altri non intervenuti nel giudizio. Ma per ovviare allo inconveniente di aversi una dichiarazione contraddittoria su lo stato di un cittadino per parte di diversi eredi, si avrà cura di mettere in causa tutti gl' interessati conformemente alle regole prescritte dal codice di procedura civile (art. 205).

§ 258.° Il figlio nato trecento giorni dallo scioglimento del matrimonio non è dichiarato dalla legge illegittimo di pieno diritto, non essendo impossibile che si verifichi una nascita legittima anche al di là di quel tempo; ma poichè la legge guarda i casi generali, e non già quello che una sola volta o rare fiate avviene, tutti coloro che vi hanno interesse potranno domandare la dichiarazione di illegittimità di un tal figlio. Epperò quanto all'ammissione di siffatta azione l' unica prova che si richiede è che il figlio sia nato trecento giorni dopo lo scioglimento del matrimonio; nè vi ha caso straordinario che potesse essere dimostrato per resistere all'azione di contestazione di stato promossa dalle persone che vi hanno interesse. Egli è vero, come dice Seneca, che la natura non è schiava delle leggi umane, che talvolta affretta, tale altra fiata ritarda il suo corso nella formazione degli esseri, e si ride della impazienza degli uomini; pure la legge pel riposo delle famiglie e l' assicurazione dello stato dei figli su basi stabili e sicure, non può permettere che si tenga conto di certi casi, tuttochè non impossibili in natura, pure estremamente rari o del tutto straordinarii.

§ 259.° L'azione di contestazione dello stato di figlio legittimo, appartenendo a chiunque vi abbia interesse (art. 169), può essere proposta sia dal marito sia dai suoi eredi, come da tutti i suoi parenti e dalla stessa madre del figlio. Essa è soggetta alla prescrizione di trenta anni per rispetto a tutti gl'interessati; ma in ordine allo stato del figlio è imprescrittibile.

CAPO II.

Delle prove della filiazione legittima.

§ 260.° Dopo stabilita la presunzione legale di paternità fondata sul matrimonio, non che delle azioni di paternità denegata, di contestazione di legittimità e dello stato di figlio legittimo, è d' uopo esaminare le prove che la legge richiede per assicurare la propria filiazione legittima.

§ 261.° La filiazione legittima, ossia la filiazione della prole concepita o nata durante il matrimonio può essere stabilita nei tre modi seguenti:

1° Con l' atto di nascita;
2° Col possesso di stato;
3° Col mezzo di testimoni;

L' atto di nascita deve essere iscritto sopra i registri dello stato civile, ed esso fa fede fino a che non sia impugnato di falso (art. 170 e 363). Laddove fosse iscritto su foglio volante potrebbe essere apprezzato insieme alle altre prove ; salva la pena contro l' uffiziale dello stato civile, che non si fosse uniformato alle prescrizioni della legge, che impone la inserzione dell'atto in appositi registri. L'atto di nascita deve essere fatto dall'uffiziale dello stato civile su la dichiarazione delle persone indicate all' uopo dalla legge , e deve essere sottoscritto dalle parti.

L' atto dello stato civile non prova che la filiazione legittima , non già la legittimità, ad assicurare la quale bisogna presentare inoltre l'atto di celebrazione del matrimonio, essendo questo la fonte della piena legittimità dei figli. Senonchè l'atto di nascita fa prova della filiazione della persona quando anche non sia unito al possesso di stato, od abbia questo contrario; ma ove l' atto di nascita in tali casi sia impugnato, è d'uopo che il figlio provi la sua identità, cioè di essere egli quella stessa persona che è nominata nell' atto di nascita. Sebbene sia grave disputa tra dotti su la natura delle prove necessarie per istabilire la identità , noi crediamo che la prova testimoniale sia ammissibile, tuttochè non accompagnata dal principio di prova per iscritto , giacchè l' atto di nascita che si esibisce dal figlio elimina ogni pericolo su l'ammissibilità della sola prova testimoniale (1).

§ 262.° Quanto alla prova della filiazione materna, essa rimane assodata con lo stesso atto di nascita iscritto sopra i registri dello stato civile, e l' azione di disconoscimento della paternità non distrugge la prova della detta filiazione, non essendovi dipendenza necessaria e legame assoluto tra le due filiazioni , potendo il figlio appartenere alla donna maritata che è indicata nell'atto di nascita, e non essergli padre il di lei marito. Ma lo stesso atto non vale a provare la legittimità del figlio, poichè non fa prova della paternità del marito di sua madre. Assicurando un tale atto di nascita la filiazione materna somministra la base alla nota presunzione *pater is est quem nuptiae demonstrant*, nella esistenza della prova del matrimonio tra il di lei marito e la donna indicata nell' atto di nascita. Egli è indifferente se il figlio sia indicato nell'atto di nascita per figlio legittimo del tale uomo e della tale donna, ovvero figlio di entrambi legati in legittimo matrimonio; avvegnachè la paternità non può risultare che dalla sola presunzione legale di essere padre quegli che le giuste nozze addimostrano. Del pari è indifferente che la madre sia indicata nell' atto di nascita col cognome della sua famiglia e non del marito , o che siavi indicata per donna maritata, o che il figlio sia iscritto come nato da padre ignoto o da persona diversa dal marito; poichè dalla filiazione materna creata nello stato matrimoniale, la legge induce la presunzione

(1) Toullier, vol. II. pag. 854, Demolombe, vol. V, pag. 200 e seg. Aubry e Rau, vol. IV. pag. 546.

della paternità a distruggere la quale non valgono le anzidette dichiarazioni; salvo solo al marito le azioni di paternità denegata e di disconoscimento della prole, che ha diritto di esercitare nei casi indicati dalla legge.

§ 263.° In mancanza dell' atto di nascita, basta per provare la filiazione legittima il possesso di stato, ossia la riunione di taluni fatti che valgono a dimostrare le relazioni di filiazione fra un individuo e la famiglia a cui egli pretende di appartenere. I principali di questi fatti sono: 1° che l' individuo abbia sempre portato il cognome del padre che pretende di avere; 2° che il padre lo abbia trattato come suo figlio ed abbia provveduto in questa qualità al mantenimento, all'educazione ed al di lui collocamento; 3° Che sia stato costantemente riconosciuto come tale nella società; 4° che sia stato riconosciuto in tale qualità dalla famiglia (art. 172). Codesti fatti erano racchiusi dai Romani nelle tre espressioni di *nomen*, *tractatus*, *fama*.

Alle dette circostanze la legge giustamente attribuisce la virtù di provare la filiazione legittima, poichè non può presumersi che una moglie ed un marito abbiano trattato come figlio una persona che tale non sia, e che i membri della famiglia, interessati a contestare lo stato che tale persona assume, nulla abbiano giammai opposto in contrario, ed invece abbiano accettato una qualità che è base e fondamento di tutti i diritti di famiglia.

I fatti sopra enunciati sono i principali, ma non i soli, essendo la disposizione redatta in modo enunciativo; e quindi non esclude tutti gli altri che non si trovano indicati, nè subordina il possesso di stato alla riunione di tutti quelli che vi si trovano enumerati. Il possesso di stato si è riconosciuto fin da che ha esistito civiltà e quindi leggi scritte, e fu reputato sempre il mezzo più certo per assicurare lo stato degli uomini, offrendo esso una prova la meno dubbiosa ed insicura. Lo stato altro non è che il posto che ognuno tiene nella società generale e nella famiglia; e qual prova più decisiva può determinare questo posto, che la possessione in cui uno vi si trovi fin dalla sua nascita? Gli uomini non si conoscono fra loro che per questo possesso. Ognuno ha conosciuto i suoi genitori, i fratelli, i cugini la mercè di questo possesso di stato; per esso è stato egualmente conosciuto dal pubblico; epperò come si può dopo più anni cambiare lo stato di famiglia?

§ 264.° Il possesso di stato dev' essere indivisibile, cioè provato per rispetto al padre ed alla madre, poichè non è affatto concepibile che nella esistenza di un matrimonio legittimo nasca una prole, la quale abbia un possesso verso la madre, e non l' abbia poi verso il padre. Se non può esservi figlio legittimo senza genitori con la qualità di coniugi, è chiaro che la sola madre od il solo padre non forma coniugi legittimi. Malamente si è quindi ritenuto talvolta dalla giureprudenza francese la divisibilità del possesso di stato (1).

(1) Vedi la decisione della Corte di Tolosa del 4 giugno 1842.

§ 265.° Il possesso di stato dovendo risultare dalla riunione di diversi fatti, può provarsi con titoli e testimoni, quando anche in questo secondo caso non vi sia un principio di prova scritta. E, dovendo il possesso di stato essere continuo, non può essere diversamente comprovata la continuità; salvo ai convenuti di rifiutare al modo stesso le asserzioni di colui che pretende di essere loro figlio, sia provando che dal loro matrimonio non nacque alcun figlio, sia che l'unico nato sia morto, sia impugnando la identità di colui che pretende essere dichiarato figliuolo.

Nella prova però compiuta del possesso di stato è implicita e virtuale quella della identità, non essendo più lecito dubitare dopo la concorrenza del *nomen*, del *tractatus* e della *fama*, che l'individuo non appartenga a colui che lo trattò come tale, che gli consentì di portare il suo cognome, e che fu reputato suo figlio nella famiglia e nella società.

§ 266.° Nella concorrenza dell'atto di nascita e del possesso di stato conforme, essendovi la prova completa della legittimità del figlio, non è lecito di reclamare uno stato diverso; come pure non è permesso di muovere controversia sopra lo stato di colui che ha il possesso conforme all' atto della sua nascita (art. 173). Al contrario provata la sola filiazione legittima, non si è perciò stabilita la legittimità, essendo queste due cose ben distinte tra loro. Infatti vi può essere filiazione legittima, senza che vi esista legittimità, come nel caso di colui che sposi una parente nei gradi divietati dalla legge: la prole avrà a suo favore l' atto di nascita ed il possesso di stato; ma non perciò sarà legittima; giacchè per essere tale bisogna che nasca da matrimonio legittimo o da un matrimonio putativo che ne faccia le veci.

§ 267.° In terzo luogo la filiazione legittima può essere provata con testimoni nei seguenti casi:

1° Quando manchi l'atto di nascita ed il possesso di stato per qualunque ragione, non dipendendo l'una o l'altra mancanza da fatto imputabile al figlio; quindi poco interessa quale sia la causa di cotesta mancanza, come se non si sa il luogo della nascita, o perchè non fu scritto l'atto di nascita per negligenza dei genitori, o per distruzione o dispersione dei registri dello stato civile.

2° Quando il figlio fu iscritto sotto falsi nomi o come nato da genitori incerti o da madre incerta senza alcuna indicazione del padre (art. 174), non essendo nuovo nè infrequente che un padre sia per mal concepita gelosia, sia per avarizia od interesse gitta il figlio nello stabilimento dei proietti, e la madre sotto ferale dipendenza è condannata al silenzio.

3° Quando si tratta di supposizione o di sostituzione di parto, cioè quando siesi attribuito ad una donna un figlio senza averlo effettivamente partorito, o siesi scambiato un fanciullo con un altro. In questi due casi la prova testimoniale della filiazione legittima è ammissibile tuttochè siavi l'atto di nascita conforme al possesso di stato (art. 174). Su tale riguardo il codice italiano è molto più esplicito delle leggi na-

politane del 1819, le quali,non avendo espressamente dichiarata l'ammissibilità della prova testimoniale, quando si trattava di supposizione o sostituzione di parto, dettero luogo ad una giureprudenza varia ed incerta. Egli era naturale che nel caso di supposizione di parto, il figlio che si è supposto alla donna sia stato prima iscritto su' registri dello stato civile, ed in seguito, trattandosi come figlio da parte degli autori della supposizione, avrà a suo favore anche il possesso di stato conforme all'atto di nascita. Dicasi lo stesso nel caso di sostituzione, perchè l'atto di nascita del figlio che si è sostituito al vero figliuolo, sia che questi esista, sia che sia morto, sarà invocato a favore del figlio supposto, il quale per effetto del trattamento posteriore avrà inoltre a suo favore l'analogo possesso di stato.

§ 268.° In veruno dei casi enunciati la prova può essere ammessa se non vi è un principio di prova scritta, o quando le presunzioni e gl'indizî risultanti da fatti già certi si trovino abbastanza gravi per determinarne l'ammissione (art. 174).

Secondo i Romani la prova testimoniale non si ammetteva isolatamente in materia di stato. Se si attacca il vostro stato, dicevano essi, difendetevi come meglio potete, ma coi documenti e le conseguenze che ne risultano, poichè all'uopo la sola prova testimoniale non è sufficiente: *Soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt* (1). Del pari secondo le ordinanze francesi la prova testimoniale in materia di quistioni di stato non era ammissibile di per sè sola: Se si ammette la prova tastimoniale, dicea Cochin, in favore di coloro che non hanno nè titolo, nè possesso per lo stato degli uomini, per questo bene prezioso, che forma per così dire, una porzione di noi stessi, non vi sarà più nulla di certo; si vivrà sempre in preda alle più strane rivoluzioni; la società civile non sarà altro che un caos, nel quale non si potrà nè distinguersi, nè riconoscersi.

§ 269.° Il principio di prova per iscritto dee risultare da documenti di famiglia, dai registri e dalle carte private del padre e della madre, dagli atti pubblici e privati provvenienti da una delle parti impegnata nella controversia o che vi avrebbe interesse se fosse in vita (art. 175). Non mancano dei dotti, i quali reputono limitativa la presente disposizione, e credono che altri documenti non potrebbero essere ammessi come principio di prova scritta. Quanto a noi crediamo che le lettere dei genitori, la filiazione militare o civile sottoscritta dal padre, ed ogni altro scritto che parte dai legittimi interessati, offrendosi con le condizioni di un principio di prova scritturale,può servire di fondamento in un giudizio di stato.

L'atto costitutivo il principio di prova scritta dee rendere verosimile la filiazione legittima per rendere ammissibile la prova testimoniale, giusta la regola generale prescritta nell'art. 1347.

I fatti poi, dai quali devono risultare gl'indizii e le presunzioni per

(1) L. 2, Cod. de testibus.

rendere ammissibile la prova testimoniale, sono un possesso di stato durato per un certo tempo, ovvero giustificato per rispetto alla sola madre od al solo padre, l'essere stato sempre considerato nei testamenti, e nelle quistioni di supposizioni di parto le perizie mediche, già eseguite, con le quali si è stabilito che la pretesa madre non ha dato mai alla luce dei figli, ec. Epperò qualunque sia il fatto dal quale traggonsi le conseguenze, esso dee essere già accertato quando si domanda la prova testimoniale, giacchè in contrario sarà questa dichiarata inammissibile.

Ammessa la prova testimoniale, il figlio dovrà provare due cose, cioè il parto della donna che reclama per madre e la sua identità, cioè di essere egli appunto quel figliuolo che essa diede alla luce. Entrambe le dette prove possono essere fatte così per titoli, come per testimoni, essendovi già il principio di prova scritta od i fatti accertati già di per sè stessi gravi da determinare l'ammissione della prova testimoniale.

In tutti i casi la prova contraria potrà farsi coi mezzi proprii al riguardo, sia con titoli sia con testimoni (art. 176), non essendo necessario alcun principio di prova scritta.

§ 270.° Determinati i mezzi di prova della filiazione legittima, è d'uopo trattare delle azioni con cui la stessa può essere reclamata o contestata, potendo il figlio non possedere il suo vero stato, mentre vi ha diritto, ovvero essere in possesso di uno stato che non gli appartiene. Si fa quindi luogo al reclamo di stato:

1. Quando il figlio abbia un atto di nascita contrario al suo possesso di stato e reclama lo stato conforme all'atto di nascita;
2. Quando abbia un atto di nascita senza possesso di stato, e reclama il possesso di stato risultante dall'atto di nascita;
3. Quando abbia un possesso di stato senza atto di nascita;
4. Quando non abbia nè possesso di stato nè atto di nascita, e reclama lo stato che si crede in diritto di avere col mezzo dei testimoni previo il principio di prova scritta;
5. Quando vi sia stata supposizione o sostituzione di parto, nel caso che il figlio abbia un atto di nascita conforme al possesso di stato.

La supposizione e sostituzione di parto, sebbene costituiscano reati previsti dalla legge (art. 506 cod. pen.); pure non possono essere sottoposti a pena coloro che se ne resero gli autori, se non dopo la sentenza definitiva del giudice civile su la quistione di stato (art. 32 cod. proc. pen.); e ciò perchè se prima non si assoda il vero stato che avea il cittadino anteriormente alla soppressione, non si potrà disputare se la stessa fu o no operata con dolo; come pure per evitare che nel giudizio penale con soli testimoni si assicuri lo stato, senza alcun principio di prova scritta, e si chiedano poscia le conseguenze civili dinanzi i giudici civili.

§ 271.° L'azione di reclamo di stato appartiene al solo figlio, comechè a lui strettamente personale, nè può essere esercitata dai suoi

creditori od aventi causa. Senonchè ove costoro abbiano intentata un'azione appartenente a lui in dipendenza del suo stato, come la petizione di eredità, e trovassero ostacoli nello esercizio del loro diritto, essendo contestata la legittimità del loro debitore, possono valersi di tutti i mezzi proprii a far conoscere il vero suo stato, e contraddire le opposizioni fatte allo stato del medesimo. Dopo la morte del figlio l'azione di reclamo di stato compete ai suoi eredi così legittimi come testamentarii. Egli è però necessario che l'azione faccia parte dell'*universum ius*, nè il figlio vi abbia espressamente o tacitamente rinunciato; altrimenti avrebbe luogo la regola che non può trasferirsi in altri un diritto che non si ha più per sè stesso. Ecco perchè la legge distingue se il figlio muore senza aver reclamato il suo stato, o dopo aver promossa la lite. Nel primo caso i suoi eredi possono sperimentarla, se il loro autore sia morto in età minore o fra cinque anni dopo la sua età maggiore, non potendo dal suo silenzio o dalla sua inazione per tal tempo dedursi che abbia rinunziato al diritto di reclamare il suo stato. Al contrario se il figlio muore dopo compiuti i cinque anni dalla sua età maggiore, i suoi eredi e discendenti non sono ammessi ad esercitarla, supponendosi un tacito abbandono da parte del figlio che vi aveva diritto, e che, se realmente avesse avuto diritto di reclamare lo stato che gli eredi vorrebbero attribuirgli, lo avrebbe fatto durante i cinque anni posteriori alla età minore. Nel secondo caso gli eredi o discendenti del figlio possono proseguire, l'azione promossa da costui se non vi fu recesso o perenzione d'istanza (art. 178). Egli è indifferente che il figlio il quale abbia promosso l'istanza, vi abbia dopo receduto, o l'abbia lasciata perimere, sieno o no trascorsi i cinque anni dopo la sua età maggiore.

§ 272.° L'azione per reclamare lo stato è imprescrittibile riguardo al figlio (art. 177). Questo articolo contiene un principio di alta ragione e di altissimo interesse sociale. Nella vita civile il tempo annienta e distrugge molte cose già esistenti; restringe o estende in qualunque modo e modifica azioni e diritti; ma tutto ciò che è intrinsecamente inerente all'uomo, nel senso sublime d'indagare l'origine dei suoi giorni, chi fu la causa prossima della sua esistenza, non cade sotto la possanza irreparabile del tempo! E siccome interessa alla sosocietà di avere buoni cittadini, d'onde l'ordinamento sociale, ciò si ottiene quando è assicurato lo stato di ciascun individuo e la discendenza ne è più immediata, riconoscendosi a suo capo il proprio padre. Se però l'azione è dichiarata imprescrittibile riguardo al figlio, non lo è per rapporto ai suoi eredi e discendenti, essendo invece l'azione di reclamo di stato prescrivibile con trenta anni computabili dal giorno dell'apertura della successione, la quale costituisce il solo interesse pecuniario, base dell'azione.

§ 273.° La imprescrittibilità dell'azione di reclamo di stato se porti o no la imprescrittibilità delle proprietà spettanti al figlio è grave disputa tra dotti; e la tendenza della giureprudenza è per la ne-

gativa. A noi sembra molto grave il ritenere che la legge civile dichiari il diritto a favore del figlio, il quale avrebbe un valore solamente morale; epperò crediamo che il figlio possa,anche dopo i trenta anni dall'apertura della successione, reclamare i beni paterni, se si trovano presso gli altri coeredi, non potendosi tra costoro riconoscere alcuna prescrizione relativamente ai beni medesimi; ma se fossero stati alienati a persone terze, non è dubbio che i diritti dipendenti dal suo stato restano soggetti alla prescrizione, e possono essere oggetto di convenzioni a norma del diritto comune.

§ 274.° Quanto all'azione di contestazione dello stato di figlio legittimo, essa è esercibile quando lo stato di figlio legittimo risulta o dall'atto di nascita o dal possesso di stato. Se invece vi sia possesso ed atto di nascita conforme, lo stato è incontrovertibile, poichè il concorso simultaneo dell'atto di nascita e del possesso di stato stabilisce in modo indubitato lo stato di figlio legittimo, e non è più dato muovere controversia su lo stesso; eccetto se si trattasse di supposizione o sostituzione di parto; poichè in tal caso si può avere il concorso dell'atto di nascita e del possesso conforme, ed intanto colui che lo ha non è figlio della donna a cui si attribuisce. Ove poi la donna fosse complice del marito od il marito complice della moglie che si rendè colpevole di sostituzione o supposizione di parto, è naturale che non sarebbe ammesso a contestare lo stato della persona supposta; poichè *nemo auditur turpitudinem suam allegans*; salvo se la donna dovè prestarsi alla impostura di una supposizione di parto per le violenze usategli dal marito; ma dopo cessata la violenza essa è in obbligo di denunciare la frode, non potendo essere ascoltata se ha serbato silenzio anche dopo, e specialmente se lo mantenne per più anni.

Se poi manca l'atto di nascita ed il possesso di stato, non essendovi legalmente uno stato passibile di qualsiesi impugnativa, al figlio manca financo il soggetto di qualunque disputa.

L'azione di contestazione di stato appartiene a tutte le persone che hanno interesse pecuniario ed anche morale, e tende ad escludere dalla successione e di portare il nome ed i titoli della famiglia; ma quando si fosse riconosciuto come legittimo il figlio, non potrebbe più esperimentarsi, essendo l' azione inammissibile in tal caso rispetto a coloro che lo riconobbero come legittimo. L'azione di contestazione di stato non è imprescrittibile, ma è tale il solo reclamo nell'interesse del figlio.

CAPO II.

Della filiazione della prole nata fuori il matrimonio.

§ 275.° Dopo che la legge ha trattato della filiazione della prole legittima si occupa della classe non meno numerosa dei frutti infelici degli illeciti accoppiamenti. Qui se volevansi seguire i dettami della

pura morale, non avrebbesi potuto stabilire alcuna determinazione di diritti a favore della prole illegittima, come quella che è la conseguenza di unioni accidentali che la morale condanna. Nondimeno la legge ravvisando degli uomini a' quali non può far il rimprovero della loro origine, li considera con quelle maggiori determinazioni che può, le quali non valgono a confonderli coi nati dalle legittime unioni.

Intanto la storia ci presenta due eccessi per rispetto ai figli naturali. Talune legislazioni li condannavano alla miseria ed al delitto, e li rendevano anche incapaci dello esercizio dei diritti di cittadinanza; altre li uguagliavano del tutto ai figli legittimi. Il legislatore italiano accetta il partito medio tra' due divisati estremi, e non statuendo alcuna restrizione dei diritti politici per rispetto alla prole illegittima, forma di essa due classi, cioè i figli naturali propriamente detti, ossia quelli nati da persone libere, le quali all'epoca del concepimento del figlio, potevano contrarre il matrimonio, e gl' illegittimi propriamente detti, come gli adulterini e gl'incestuosi. Ai figli naturali propriamente detti accorda il riconoscimento e la legittimazione, ed agli altri i soli alimenti quando la loro filiazione fosse *indirettamente* riconosciuta o per dichiarazioni scritte dei genitori. Noi esamineremo separatamente prima le regole sul riconoscimento dei figli naturali, e di poi quelle relative alla loro legittimazione.

SEZIONE II.

DEL RICONOSCIMENTO DEI FIGLI NATURALI.

§ 276.° La presunzione di paternità essendo dalla legge stabilita pel solo matrimonio, non può aver luogo pei figli naturali, i quali considerati come privi di genitori, è necessità che sieno riconosciuti.

Il riconoscimento è l'atto con cui un uomo od una donna, si dichiara di essere padre o madre naturale di un determinato individuo.

Il riconoscimento è *volontario* o *forzoso*. Il primo risulta da una dichiarazione fatta spontaneamente nelle forme prescritte dalla legge dal padre o dalla madre del fanciullo sia congiuntamente, sia disgiuntamente (art. 179). Codesto riconoscimento costituendo un obbligo morale da parte dei genitori, non può essere fatto da altri in loro vece; salvo se non fosse un mandatario con mandato speciale ed autentico (art. 354). Solo è mestieri che si abbia all' uopo la piena capacità giuridica, nè sarebbe valido il riconoscimento fatto dal minore senza l'intervento del tutore e del consiglio di famiglia. Invece lo inabilitato e la donna maritata non avrebbero bisogno dell'autorizzazione del curatore e del marito, trattandosi di un dovere morale per lo quale non è richiesta dalla legge alcuna autorizzazione.

§ 277.° Possono essere riconosciuti tutti i figli naturali propriamente detti; cioè quelli nati da genitori fra i quali poteva celebrarsi

il matrimonio, all' epoca del concepimento del figlio. Al contrario non possono essere riconosciuti:

1° I figli nati da persone, di cui anche una soltanto fosse al tempo del concepimento ligata in matrimonio con altra persona;

2° I figli nati da persone fra le quali non poteva sussistere matrimonio per vincolo di parentela o di affinità in linea retta in infinito, o per vincolo di parentela in linea collaterale nel secondo grado (art. 180). Se poi si trattasse dei collaterali in terzo grado, cioè tra zii e nepoti, o tra cognati, il riconoscimento potrebbe aver luogo, poichè in questi casi vi può essere dispensa da parte del re (art. 68).

§ 278.° Secondo le leggi civili dell'anno 1819 essendo proibito il matrimonio tra persone ligate da voti sacri, i figli nati da cosiffatti congiungimenti si dicevano di *condannate unioni*, nè potevano essere riconosciuti (art. 258 leg. civ.). Oggi ammesso il matrimonio tra preti, secondo il nostro modo di vedere, dovrebbero essere considerati come legittimi i figli nati dai loro matrimonii, e naturali propriamente detti quelli nati fuori matrimonio. Senonchè, ove la loro nascita rimontasse ad epoca anteriore al codice civile vigente, non potrebbero essere riconosciuti dopo, dovendosi attendere alla legge in vigore al tempo della nascita dei figli per fissarsi il loro stato di famiglia. Ove il parere contrario, già espresso dalla Corte di Cassazione di Napoli, dovesse prevalere, e ritenersi incapaci gli ecclesiastici di contrarre matrimonio, è chiaro in tal caso che i figli nati da essi fuori il matrimonio non potrebbero essere riconosciuti, non essendovi possibilità di matrimonio tra' loro genitori, e gli effetti giuridici rispetto ai figli di costoro sarebbero uguali a quelli dei figli adulterini od incestuosi.

§ 279.° I figli adulterini, gl' incestuosi, e quelli delle condannate unioni, nati prima della osservanza del codice italiano, non possono essere riconosciuti neanco dal genitore che al tempo del concepimento era libero, dovendo osservarsi la simultanea libertà dei due genitori per aversi il figlio naturale propriamente detto.

§ 280.° Il riconoscimento di un figlio naturale si farà nell'atto di nascita, o con atto autentico anteriore o posteriore alla nascita (art. 181). Qualunque sia la età del figlio il riconoscimento può sempre aver luogo, ed anche dopo la sua morte, sia quando lasci discendenti legittimi, sia anche quando muore senza prole, potendo giovare agli stessi genitori che lo fanno. L' atto autentico è quello ricevuto dagli uffiziali destinati ad attribuirgli la pubblica fede, come gli uffiziali dello stato civile ed i notai. Dovrebbe dirsi lo stesso di un atto redatto dinanzi al pretore od al suo cancelliere; ma non sarebbe tale il testamento olografo od il riconoscimento fatto dinanzi al ministro del culto, non avendo costui qualità per dare autenticità all' atto, ed essendo quel testamento un atto privato, nè cessa di essere tale per effetto del deposito presso il notaio, ovvero con l'assicurazione del suo stato dietro l'intervento del pretore dopo l'apertura dello stesso (art. 912 e seg.). Solo varrebbe un tale imperfetto riconoscimento, per attribuire gli a-

limenti al figlio , non diversamente che avviene per le dichiarazioni fatte con altre private scritture da alcuno dei genitori (art. 193).

§ 281.° Il riconoscimento è nullo per difetto di forma, ove l'atto relativo fosse stato ricevuto da un ufficiale pubblico incompetente, o per falsità della filiazione riconosciuta, o pei vizi del dolo e della violenza che invalidano il consenso del riconoscimento; salvo solo di attribuirsi gli alimenti al figlio naturale, ove il riconoscimento non sia fatto con atto autentico ; ma con esplicite dichiarazioni scritte da parte dei genitori, tuttochè non autentiche (art. 193) ; è salva la prescrizione quinquennale nel secondo caso, non già la trentenaria come pare a taluni scrittori. Egli è vero che si tratta di un atto che concerne lo stato della persona, non già gl'interessi pecuniari soltanto ; ma fu appunto l'interesse della persona che fece limitare il tempo delle eccezioni di nullità per impugnare il matrimonio, non già di allungarlo, essendo necessario che lo stato degli uomini sia tosto liberato da quei possibili attacchi, pei quali può andare incontro ad una contestazione di difficile apprezzamento dopo lo elasso di molti anni.

§ 282.° Il riconoscimento *forzoso* si ha quando il figlio può essere ammesso a provare la paternità; il chè era ammesso per regola generale sotto lo impero del diritto romano, cioè prima del 1809 in queste nostre provincie; nè avveniva diversamente delle indagini su la maternità. Intanto la esperienza dimostrò che le ricerche di un padre, erano di loro natura scandalose e difficili , ed ammettendole la legge dava luogo a giudizi arbitrarii, e tali da compromettere la pace di uomini probi ed onesti. Un fatto di per sè incerto e coverto del velo più misterioso, non poteva giammai essere legalmente accertato. Sovente affermato da una donna audace , che bramava dare al frutto delle sue sregolatezze un genitore opulento, metteva costui nella costernazione, e la sua famiglia nella crudele necessità di comperare la pace con sacrificii pecuniari, per non esporsi al disonore ed ai rischi di un giudizio temerario. Si credè quindi dalla legislazione italiana, in conformità delle leggi napolitane del 1819, di essere più morale e conforme all'ordine della civile società di lasciare all'arbitrio di una persona il riconoscere ovver no la prole cui avesse dato esistenza, senza che la legge dovesse obbligarvela. La sua coscienza sarà il giudice di fatto, e quindi fu accettata la massima di Fabro: *Virgini asserenti non creditur*.

Questi giudizi, diceva l'oratore del governo in Francia, erano l'onta della giustizia e la desolazione della società. Le presunzioni, gl'indizi, le congetture ridotte in pruove, e l' arbitrio eretto a principio ! Il più disonesto traffico calcolato su' più dolci sentimenti ! tutte le classi , tutte le famiglie esposte al disonore od al timore ! A fianco di un'infelice che reclamava soccorso nel nome ed a spese dell' onore, mille prostitute speculavano su la pubblicità de' loro disordini, e mettevano a profitto la paternità della quale disponevano. Si cercava un padre ad un figlio, che venti padri potevano reclamare , e si cercava sem-

pre, per quanto era possibile, il più virtuoso, il più onorato ed il più ricco, per tassare il prezzo del silenzio secondo il grado dello scandalo. L'uomo, soggiungeva Duveyrier, di cui la condotta era la più pura, l'individuo i di cui capelli erano imbianchiti nell'esercizio di tutte le virtù, non era al coverto di una donna impudente, o di un figlio che gli era straniero. E sventuratamente questo genere di calunnie lasciava sempre delle tracce dispiacevoli. Così, dopo molto tempo un grido generale si era elevato contro le ricerche della paternità. Esse esponevano i tribunali a dibattimenti i più scandalosi, a giudizi i più variabili. Di già la regola che la proibiva era stata fissata nel primo codice civile, opera dei lumi, concepita e tracciata in mezzo alle tenebre. Il legislatore non ha bilanciato ad adottarla. La paternità non potrà giammai essere stabilita contro del padre, altrimenti che col proprio riconoscimento.

Se la ricerca della paternità è stata interdetta, ciò è perchè il fatto della paternità è sempre incerto. Ma questo motivo è impotente contro la madre. Non si tratta a suo riguardo di penetrare i misteri della natura: il suo sgravo è l'identità del figlio sono de' fatti positivi che posson esser dimostrati: la giustizia non può dunque smarrirsi.

§ 283.° Alla regola generale si fa eccezione nei casi di ratto e di stupro violento, allorchè il tempo di essi risponde a quello del concepimento (art. 189), poichè la coincidenza di questi due fatti fa nascere la presunzione che padre del figlio era quegli che commise il ratto e lo stupro. Del resto la legge non fa obbligo ai magistrati di dichiarare in tali casi la paternità, ma dà ingresso all'azione; salvo al rapitore od autore dello stupro di giustificare con qualsivoglia prova di non essere egli padre del fanciullo nato dalla donna rapita o stuprata.

La eccezione suddetta fu ammessa anche dai codici anteriori solo nel caso di ratto, ma estesa dalla giureprudenza per identità di ragioni anche allo stupro violento, è intesa a reprimere l'audacia del rapitore e dello stupratore, ed ovviare che una infelice madre non sia costretta ad alimentare un figlio senza averne i mezzi, od a privarsene per la impossibilità di mantenerlo.

Lo stupro è violento, sia che si adoperi la violenza fisica o *reale*, sia la morale o *presunta*, come quella che si commette sopra una persona la quale trovisi per malattia, per alterazione di mente o per altra causa accidentale fuori dei sensi, o ne sia stata artificiosamente privata, o quando si commette dalle persone che hanno autorità su le persone minori di sedici anni compiuti affidate alla loro cura e direzione (art. 490 cod. pen.).

Il concepimento si ritiene avvenuto nel tempo del rapimento e dello stupro, se il figlio nasca non prima dei cento ottanta e non dopo trecento giorni dal dì del commesso reato. Nulla rileva che la persona rapita o stuprata sia maggiore o minore; ma è necessario che l'autore di alcuno di detti reati non si trovi legato in matrimonio con un

altra persona al tempo in cui avvenne il ratto o lo stupro; nè che fra loro fossero proibite le nozze per vincolo di parentela o di affinità, giacchè in contrario si darebbe luogo al riconoscimento forzoso di figli adulterini od incestuosi; il che la legge divieta.

Non è poi necessario che il ratto o lo stupro violento sieno preventivamente accertati dal magistrato penale; ma se si fosse istituito il relativo giudizio penale, non potrebbe trattarsi la causa civile per dichiarazione di paternità, se non dopo l'esito del giudizio penale. Nel quale giudizio ove fosse provata la inesistenza del ratto o dello stupro, ovvero che l'imputato non vi ebbe alcuna parte, il giudicato penale avrebbe tutta la sua influenza nel giudizio civile (art. 6 cod. proc. pen.). Se poi si fosse iniziato il giudizio civile per far dichiarare padre del fanciullo nato dalla donna rapita o stuprata l'autore del ratto o dello stupro, non si potrebbe dopo agire in via penale per fare pronunziare la pena contro il colpevole, trattandosi qui di un reato di azione privata, pel quale si applica la regola *data una via non detur recursus ad alteram* (art. 7 cod. proc. pen.).

§ 284.° Se la paternità non poteva essere fisicamente comprovata e dovea consigliare il divieto delle indagini relative, non era da dirsi lo stesso della maternità, la quale è sempre certa, poichè la gestazione ed il parto sono avvenimenti che cadono sotto i sensi, e la stessa prova della identità non è difficile ad essere fatta. Epperò la legge coerentemente stabilisce, che le indagini su la maternità sono ammesse per regola generale, eccetto sempre i casi di maternità adulterina od incestuosa, nei quali non potendo aver luogo il riconoscimento volontario pel necessario rispetto alla morale pubblica, non può aver luogo quello forzoso.

Il figlio che reclama la madre, dee provare di essere quel medesimo che fu da lei partorito, cioè deve provare il parto della madre che reclama e la sua identità di figlio, costando di questi due elementi la piena prova della identità del figlio partorito (art. 190). La prova del parto non dee ammettersi se non quando si prevede che quella su la identità abbia un certo fondamento; altrimenti si esporrebbe ogni donna divenuta madre fuori di matrimonio ad essere chiamata in giudizio, e disonorata da qualsiesi figlio naturale o dai suoi eredi legittimi.

Nei casi però in cui il riconoscimento è vietato, come se si trattasse di un figlio adulterino od incestuoso, non si è mai ammesso a fare indagini su la maternità, come non è lecito farle su la paternità, eccetto i casi di ratto e di stupro (art. 193).

§ 285.° La prova così del parto, come della identità del figlio può farsi con titoli e testimoni. Ma per garentire la voluta madre dai pericoli di testimonianze compre e corrotte, la legge non ammette la prova testimoniale, se non quando già vi sia un principio di prova scritta, o quando le presunzioni e gl'indizii risultanti da fatti già certi sieno abbastanza gravi per determinarne l'ammissione (art. 190). Tanto il principio di prova scritta, quanto le presunzioni e gl'indizii devono

rendere verosimili i due fatti del parto e della identità del figlio. Il principio di prova scritta può risultare da lettere provvenienti dalla madre o da un atto privato di riconoscimento, o qualunque altro scritto. Nel caso di contestazione della identità del figlio, dee costui produrre altro scritto che rende verosimile la identità; salvo ad accertarla completamente con la prova testimoniale che viene in seguito ammessa.

§ 286.° La prova testimoniale può essere anche raccolta a futura memoria, e prima del giudizio, quando si temesse la morte dei testimoni da sentirsi o la loro incapacità per altra causa qualunque (art. 251 cod. proc. civ.). Siffatta prova non sarebbe ammissibile quando l'azione stessa di stato non trovasse accoglimento nella legge, come se alcuno volesse far sentire dei testimoni a futura memoria per fare le indagini su la paternità fuori dei casi di ratto o di stupro violento che la legge ammette in via di eccezione.

L'esame a futura memoria non ha altro effetto che di conservare la prova. Questa sarà efficace allora soltanto che venga ammessa definitivamente. Essa non pregiudica ad alcuno dei mezzi che competono all'altra parte per opporsi all'ammissione definitiva della prova; nè alla deduzione di prova contraria, e non impedisce alla parte istante di presentare altri testimoni. E sino a che la prova non sia stata ammessa definitivamente, il processo verbale non può prodursi in giudizio, e il cancelliere non può rilasciarne copia, sotto le pene stabilite nell'art. 55 (det. art. 251).

§ 287.° L'azione relativa alle indagini su la paternità essendo strettamente personale si appartiene al figlio, nonchè ai suoi eredi o discendenti (art. 178); e può essere esercitata sia durante la vita, sia dopo la morte dei genitori, dei quali si reclama la paternità o la maternità. Essa è imprescrittibile riguardo al figlio; nè può formare da sua parte oggetto di rinuncia, transazione o compromesso. Non potrebbe dirsi al modo stesso degl'interessi pecuniari dipendenti dal suo stato, i quali sono alienabili, e soggetti a prescrizione a norma del diritto comune. Al contrario l'azione stessa per rispetto agli eredi o discendenti del figlio è soggetta a prescrizione, poichè non ha per base che il solo interesse pecuniario.

La domanda per dichiarazione di paternità o di maternità può essere contraddetta da chiunque vi abbia interesse sia morale sia pecuniario (art. 191).

§ 288.° Il riconoscimento volontario di un figlio naturale non ha effetto che riguardo a quello dei genitori da cui fu fatto, e non dà al figlio riconosciuto alcun diritto verso l'altro genitore (art. 182); e ciò perchè il riconoscimento è un fatto personale, e può produrre effetti solo per rispetto a colui che l'esegue, non di altri, per la nota regola *res inter alios acta tertio neque nocere neque prodesse potest*. Anche quando il padre dichiarasse nell'atto del proprio riconoscimento che il figlio sia nato da lui e da una tale donna, un tale figliuolo avrà assicurata la paternità con tutti i diritti che da essa derivano, ma non

avrà stabilita la maternità, per la quale dee attendere un apposito riconoscimento, o dee essere ammesso a provarla nei modi stabiliti per indagare la maternità col principio di prova fondato sopra scritti provenienti dalla stessa voluta madre, e non dal marito che indiscretamente la nominava nel suo atto di riconoscimento.

§ 289.° Il figlio naturale nato prima del matrimonio da uno dei coniugi, e riconosciuto dopo, non può essere introdotto nella casa coniugale, se non col consenso dell'altro coniuge; e ciò per evitare che sia turbata la pace domestica; salvo che l'altro coniuge abbia portato il suo consenso al riconoscimento (art. 183 e 192). Per aver luogo il cennato divieto è d'uopo delle due seguenti condizioni: 1° che il figlio appartenga ad un solo dei coniugi, non già ad entrambi, poichè in tal caso non evvi ragione di escludere il figlio comune, che viene anche ad essere legittimato pel fatto del matrimonio posteriore, accompagnato dal riconoscimento avvenuto dopo del matrimonio (art. 194); 2° che il riconoscimento abbia avuto luogo durante il matrimonio, e non prima della sua celebrazione, poichè in tal caso cesserebbe ogni divieto. Ma se il riconoscimento è stato fatto da un solo dei genitori, ovvero contro un solo di essi ha avuto luogo la dichiarazione del magistrato, essa non ha effetto che riguardo a codesto genitore soltanto, e non dà al figlio alcun diritto verso l'altro (art. 182).

§ 290.° Gli effetti del riconoscimento e della dichiarazione di paternità e maternità retroagiscono al tempo della nascita o del concepimento del figlio riconosciuto o dichiarato, poichè l'uno e l'altra non attribuiscono lo stato al figliuolo che lo reclama, ma dichiarano la filiazione che il medesimo aveva al tempo della sua nascita o del suo concepimento. Ma gli atti fatti prima di essere dichiarato il suo stato rimangono validi, come se avesse contratto matrimonio un figlio maggiore degli anni ventuno, senza il consenso del padre.

Il riconoscimento potendo essere l' effetto della frode, o di artifici diretti a ledere gli altrui interessi, la legge in tali casi investe il figlio stesso e chiunque altro vi abbia interesse del diritto d'impugnarlo (art. 188). Così mentre la legge non frappone alcun ostacolo per lo adempimento del più sacro dei doveri, qualora poi voglia supporsi una falsa paternità, porge i mezzi per ovviare una sì colpevole intenzione, permettendo a chiunque si crede interessato d' impugnarla.

§ 291.° In Francia secondo la legge di brumaio anno II il figlio naturale riconosciuto era assimilato al figlio legittimo. Non così le leggi napolitane del 1819 ed il codice novello, pel quale gli effetti che derivano dalla filiazione riconosciuta o dichiarata sono i seguenti:

1° Il legame naturale di parentela fra genitori e la loro prole acquista carattere giuridico, sebbene con determinate restrizioni, eccetto se si tratta del matrimonio; quindi il genitore che ha fatto il riconoscimento od al quale riguarda la dichiarazione sia di paternità o di maternità, si trova investito della patria potestà, detta tutela legale.

Ma questa è differenza di solo nome, poichè negli effetti la tutela legale non è diversa dalla rappresentanza che il padre legittimo ha per rispetto ai suoi figli minori. Infatti la legge estende le stesse disposizioni degli art. 221 a 227 stabilite pei genitori legittimi ai genitori naturali. Ma se il riconoscimento fu fatto da ambedue i genitori, la tutela compete di preferenza al padre (art. 184).

2° Il figlio naturale assume il nome di famiglia del genitore che lo ha riconosciuto, o quello del padre se è stato riconosciuto da ambedue i genitori (art. 135). Un tale effetto essendo una conseguenza naturale del riconoscimento, non potrebbe formare obbietto di rinuncie e di condizioni per accordarsi il riconoscimento.

3° Il genitore è tenuto a mantenere, educare, istruire ed avviare ad una professione o ad un' arte il figlio naturale riconosciuto, ed a somministrargli anche successivamente gli alimenti in caso di bisogno, se il figlio non ha coniuge o discendenti in condizione da somministrarglieli. Eguale obbligazione ha il genitore verso i discendenti legittimi del figlio naturale premorto, quando la loro madre o gli ascendenti materni non sieno in grado di provvedervi (art. 186); e ciò oltre ai diritti di successione con le limitazioni ammesse dalla legge (art. 744 e 750). Alla sua volta il figlio naturale deve gli alimenti al genitore, quando questi non abbia ascendenti o discendenti legittimi o coniuge che sieno in grado di somministrarglieli (art. 187).

Secondo i Romani dicevansi figli naturali quelli i quali nascevano dalla continuata e pubblica coabitazione di due persone libere; il che dicevasi concubinato (1). Questo non essendo divietato e tenuto pubblicamente, rendeva il padre cognito, e non faceva sentire il bisogno di alcun riconoscimento (2). Vedremo al titolo delle successioni quali diritti avevano codesti figliuoli per diritto romano su la eredità dei loro genitori.

§ 292.° I figli adulterini ed incestuosi non solo non possono essere riconosciuti dai loro genitori, poichè la morale lo divieta, ma eziandio perchè non aspirassero alla irregolare successione degli autori dei loro giorni, come vi hanno diritto i figli naturali propriamente detti. Ciò per altro non dispensa i genitori dall'obbligo di alimentarli e di istruirli. Se quindi contro il divieto della legge il riconoscimento abbia avuto luogo a favore dei figli adulterini od incestuosi, farà loro attribuire gli alimenti dai genitori che li abbiano riconosciuti (art. 193). L'obbligo di un padre di alimentare i suoi figli, qualunque sia la sua qualità, è fondato su la natura, e la legge civile non può mettersi in opposizione con la stessa. L' azione per ottenere gli alimenti sarà esercitata dai figli adulterini od incestuosi, senza potere essere ammessi a provare direttamente la paternità o maternità; ma solo quando questa risulta nei tre casi seguenti:

(1) Nov. 89, cap. XV.
(2) L. 1 §§ 1 e 3, Dig. de concub., e l. un. cod. tit.

1° Se la paternità o maternità risulti indirettamente da sentenza civile o penale, come se una donna è condannata alla separazione su l' istanza del marito per aver dato alla luce un figlio adulterino, ovvero dal giudice penale, dietro querela del marito per la causa stessa. In tali casi la persona riconosciuta indirettamente, sia nel giudizio civile sia penale, per figlio dell' adultera e di colui che fu condannato quale complice, potrà agire contro l' una o l' altro al solo uopo di ottenere gli alimenti. Codesti alimenti, per eccezione alla regola ordinaria, non finiscono con la morte dei genitori; ma possono domandarsi contro i loro eredi, e saranno liquidati secondo il numero di costoro e le forze del patrimonio (art. 752).

2° Se la paternità o maternità dipenda da un matrimonio dichiarato nullo, come se si fossero unite persone già ligate in matrimonio con altre persone, o tra individui tra quali non era possibile il matrimonio, come tra fratelli e sorelle, la prole nata è adulterina nel primo caso, ed incestuosa nel secondo caso, ma la persona nata da così fatta unione avrà diritto ai soli alimenti; dicasi lo stesso se il matrimonio fu dichiarato nullo perchè avvenuto fra le persone degli ecclesiastici, le quali giusta le leggi anteriori non potevano contrarre matrimonio, sia che entrambe, sia che una di essa fosse ligata dai voti sacri.

3° Se la paternità o maternità risulta da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori. Quanto ai figli naturali propriamente detti, se la dichiarazione è fatta con scrittura privata, hanno diritto ai soli alimenti; se con atto autentico dai genitori vi ha pieno riconoscimento a favore dei detti figliuoli, che oltre agli alimenti conferisce loro anche i diritti di successione. Ma per rispetto ai figli adulterini, incestuosi e nati dagli ecclesiastici prima del codice civile italiano, poco interessa se la dichiarazione fu fatta con iscrittura privata o con atto autentico, perchè in entrambi i casi avranno diritto ai soli alimenti.

§ 293.° Ma oltre agli alimenti, il figlio adulterino od incestuoso non può ricevere altro per testamento o per donazione; e se la disposizione eccede la misura di quelli, dovrà essere ridotta; e se il figlio non si trova in bisogno, potrà essere annullata su la domanda di ogni persona interessata. Crediamo che il diritto agli alimenti non sia reciproco in tal caso, poichè non è giusto che il padre adulterino tragga vantaggio dalla propria turpitudine. Nondimeno vi hanno degli scrittori i quali tengono per l'avviso contrario (1).

Del pari l'assicurazione della filiazione adulterina od incestuosa, non conferisce al padre o alla madre nè la patria potestà, nè la tutela legale su la persona e su' beni del figlio, e tanto meno, a nostro avviso, attribuisce al figlio il diritto di portare il nome della famiglia del padre o della madre, secondo che è provata la paternità o la maternità insieme, o questa soltanto, checchè abbiano affermato in contra-

(1) V. Demolombe, IV, 19.

rio altri scrittori: e ciò perchè la legge avendo limitato i diritti ai soli alimenti, non è possibile aggiungerne altri per via d'interpetrazione, e specialmente il nome della famiglia che la legge concedendo in via di benigna eccezione ai soli figli naturali propriamente detti, non poteva, nè doveva concedere ai figli del delitto. Pretendere che il figlio adulterino porti il nome del padre o della madre che l'abbia riconosciuto, è lo stesso che riprodurre all'occhio del pubblico una relazione che offende la morale pubblica, ed offre il delitto in trionfo.

SEZIONE III.

DELLA LEGITTIMAZIONE DEI FIGLI NATURALI.

§ 294.° I figli naturali propriamente detti, oltre di essere riconosciuti o dichiarati tali, possono essere anche legittimati. Dicesi legittimazione l'istituto giuridico per virtù del quale i figli nati fuori del matrimonio assumono la qualità di legittimi pel fatto del matrimonio posteriore dei loro genitori, o per decreto reale.

§ 295.° L'istituto della legittimazione fu introdotto dalle leggi romane, ed ebbe per iscopo di favorire i matrimoni ed ovviare alla decadenza del pubblico costume. I Romani conobbero quattro specie di legittimazione: 1° col susseguente matrimonio: codesta forma di legittimazione fu introdotta da Costantino: 2° con la oblazione alla curia, cioè quando un decurione sposava una figlia naturale, o quando un figlio naturale era fatto decurione: tale legittimazione fu introdotta da Teodosio, ed ebbe lo scopo di rinvenir soggetti per coprire cariche molto odiose in quei tempi, poichè consistendo in esigere gravezze e pagarle di proprio in caso di non esigenza, tutti vi si rifiutavano; 3° col rescritto del principe, quando il matrimonio non era possibile a causa della morte della madre: questa specie di legittimazione fu introdotta da Giustiniano; 4° col testamento del padre in virtù di un rescritto imperiale, la quale legittimazione poteva aver luogo in circostanze imperiose.

Il diritto canonico non riconobbe meno lo istituto della legittimazione, come risulta dalla decretale di Papa Alessandro III così espressa: *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur* (1). Questa saggia disposizione fu accolta dalla giureprudenza di tutte le nazioni civili, e si trova menzionata in più monumenti del diritto antico.

§ 296.° Secondo il diritto nuovo la legittimazione è di due specie, cioè si opera per susseguente matrimonio contratto fra genitori del figlio naturale, o per decreto reale (art. 194). Il matrimonio susseguente si è in ogni tempo considerato come operativo della legittimazione di quei figli nati da due persone, tra le quali è possibile il

(1) Cap. 6 oxtea qui fil. sint. legit.

matrimonio legittimo, supponendo la legge che fin dal primo avvicinamento, i genitori avessero la volontà di congiungersi in matrimonio, e solo spinti da violenta passione ne anticiparono il godimento. Le condizioni per operare la legittimazione per susseguente matrimonio sono tre:

1° É d' uopo che i figli siano nati dalle due persone che contrattano il matrimonio, e prima della sua celebrazione; altrimenti se fossero nati durante il matrimonio, ma concepiti, prima sarebbero legittimi.

2° Che le stesse fossero state capaci di unirsi in matrimonio all' epoca del concepimento;

3° Che i figli sieno stati riconosciuti da entrambi i genitori nell' atto della celebrazione del matrimonio od anteriormente, od anche dopo il matrimonio; ma in quest'ultimo caso i diritti di figlio legittimo si acquisteranno dal giorno del riconoscimento (art. 127).

§ 297.° La legittimazione *per subsequens matrimonium* opera i suoi effetti *ministerio legis*, senza bisogno di alcuna apposita dichiarazione da parte dei genitori, sia nell'atto della celebrazione del matrimonio, o nell' atto del riconoscimento, che pel novello diritto può aver luogo anche durante il matrimonio. Invece le leggi napolitane del 1819 non ammettevano la legittimazione che sul fondamento di un riconoscimento anteriore o nell' atto del matrimonio, e non posteriormente, cioè durante lo stesso, per tema di potersi introdurre estranei nella famiglia e deludere per tal modo le leggi su l'adozione (art. 255 leg. civ.). Infatti due persone prive di figli possono col sistema del codice italiano operare un riconoscimento a favore di un individuo affatto estraneo ad essi; mentre lo stesso non avrebbe potuto essere adottato per difetto delle condizioni richieste dalla legge.

§ 298.° La legittimazione può essere accordata con decreto reale, quando concorrono le seguenti condizioni:

1° Che sia domandata dai genitori stessi, o da uno di essi;

2° Che il genitore, il quale la domanda, non abbia figli legittimi o legittimati per susseguente matrimonio, nè discendenti da essi;

3° Che il medesimo genitore si trovi nella impossibilità di legittimare il figlio per susseguente matrimonio;

4° Che ove il richiedente sia vincolato a matrimonio, consti del consenso dell'altro coniuge (art. 138).

§ 299.° Questa specie di legittimazione non è riconosciuta dal codice francese, essendosi creduta inutile al dire del Toullier, perchè dessa si concedeva per evitare le incapacità civili e politiche in colui che non aveva la qualità di legittimo, e le quali furono tolte dalle leggi posteriori, come ingiuste e contrarie all'ordine sociale, contro figli ai quali non potevasi rimproverare il vizio della loro nascita. Al contrario le nostre leggi del 1819 la riprodussero, senza attribuirle gli estesi effetti del codice italiano, perocchè dichiaravano che la legittimazione di mera grazia, mentre giovava a fare acquistare i diritti della legittimità, non doveva recare pregiudizio ai figli legittimi, nè ad altri

congiunti per ciò che riguardava la successione (art. 256). Erano quindi i figli legittimati per rescritto del principe considerati nè più nè meno dei figli naturali legalmente riconosciuti per rispetto alla successione.

Le leggi romane ammisero la legittimazione per rescritto del principe. Giustiniano, che primo la introdusse, la sottopose alle tre seguenti condizioni: 1° Che i figli, in favore dei quali si domandava, fossero semplicemente naturali; 2° Che il padre non avesse figli legittimi; 3° Che il padre non potesse sposare la madre dei figli naturali. Questa impossibilità di sposarla avvenir potea per tre modi, o quando costei fosse premorta, o quando si fosse renduta indegna dell' onore di sposa per essersi abbandonata a rilasciatezze, o finalmente quando un impedimento dirimente fosse sopraggiunto dopo la nascita dei bastardi.

§ 300.° Esaminate le due specie di legittimazione, è d'uopo osservare in pro di quali figliuoli la legittimazione abbia luogo. Non possono essere legittimati per susseguente matrimonio nè per decreto reale i figli che non possono essere legalmente riconosciuti (art. 195). Sono quindi incapaci ad essere legittimati i figli adulterini ed incestuosi, e quelli già nati da persone ligate da voti solenni prima della pubblicazione del codice italiano. Per istabilire il tempo del concepimento, e vedere se il figlio è naturale od adulterino, è d'uopo avvalersi della prescrizione stabilita nell'art. 160; epperò se in base della stessa risulta che i genitori erano liberi nel tempo della nascita del figlio, sarà questi capace di essere legittimato sia *per subsequens matrimonium*, sia *per rescriptum principis*. Nel dubbio si deciderà sempre per la filiazione, più favorita dalla legge.

§ 301.° La legittimazione non viene conceduta che durante la vita del figlio che vuolsi legittimare, poichè solo allora può produrre i suoi effetti giuridici. Nondimeno essa può aver luogo anche a favore dei figli premorti e dei loro discendenti (art. 196). In tal caso la legittimazione giova a codesti discendenti, qualunque sia il loro grado. L'equità ha determinato questa misura, poichè la legge ha voluto creare un capo di famiglia. Ma, se costui sia premorto i di lui discendenti devono essere ammessi a rappresentarlo. Se l'oggetto della legittimazione è un favore che si vuol concedere ai figli nati dai coniugi prima della celebrazione del loro matrimonio, è giusto che si estenda anche ai di costoro figli, se quelli fossero premorti.

Qualora uno dei genitori abbia espresso in un testamento ovvero in un atto pubblico la volontà di legittimare i figli naturali, questi potranno dopo la morte di lui domandare la legittimazione, semprechè al tempo della morte concorressero le condizioni stabilite dai numeri 2 e 3 dell'art. 198. In questo caso la domanda sarà comunicata a due fra i prossimi parenti del genitori entro il quarto grado (art. 199).

§ 302.° Le formalità per ottenere il decreto reale di legittimazione sono le seguenti: La domanda accompagnata da' documenti giustifica-

tivi sarà presentata alla corte di appello nel cui distretto il richiedente ha la sua residenza. La Corte, sentito il pubblico ministero, dichiarerà in camera di consiglio se concorrono le condizioni stabilite dai due precedenti articoli, e conseguentemente *potersi o non potersi fare luogo alla domandata legittimazione*. Se la deliberazione della corte di appello è affermativa, il pubblico ministero la trasmetterà coi relativi documenti, e con le informazioni assunte di uffizio al ministro di grazia e giustizia, il quale sentito il parere del Consiglio di Stato su la convenienza della legittimazione, ne farà relazione al re. Se il re accorda la legittimazione, il decreto reale sarà indirizzato alla corte che avrà dato il parere, sarà trascritto in apposito registro, e sarà per cura delle parti interessate annotato in margine all'atto di nascita del figlio (art. 200).

L'obbietto delle sopra espresse informazioni tende ad ovviare di accordarsi dal re la legittimazione ai figli adulterini od incestuosi, i quali non possono essere legittimati, siccome frutti di maligna natura determinata solo dallo impulso istintivo, senza alcuna impronta di volontà unificativa. D'altronde la società legittimando i frutti delle unioni condannate dalla morale, agirebbe in contraddizione del suo mandato, che consiste ad animare le virtù negl'individui, non già a provocare il mal costume ed il disordine nelle famiglie.

§ 303.° La legittimazione per susseguente matrimonio e l'altra per decreto reale, possono essere impugnate da coloro che vi hanno interesse. Ove trattasi della legittimazione per susseguente matrimonio, essa resta priva di ogni efficacia, qualora venga annullato il riconoscimento anteriore o posteriore al matrimonio, sul quale la s' intende fondare; come pure la dichiarazione di filiazione nei casi di ratto e di stupro violento. Del pari, impugnato il riconoscimento o la dichiarazione, resta annullata la legittimazione per decreto reale. Questa può essere anche impugnata per difetto di forma in un giudizio contenzioso, fatto in prima istanza presso i tribunali, malgrado il parere dato in via amministrativa dalla corte di appello, su l' istanza dello interessato ad avere il decreto di legittimazione; il quale è *res inter alios* per rispetto a quel genitore che non lo provocò, o di coloro che si credono lesi dalla legittimazione accordata con decreto reale.

§ 304.° Quanto agli effetti delle due forme di legittimazione, esse conferiscono ai figli legittimati i diritti dei figli legittimi (art. 197 e 201). Solo varia il momento dal quale comincia l'acquisto degli enunciati diritti. Infatti se la legittimazione ebbe luogo per susseguente matrimonio, sul fondamento di un riconoscimento fatto da ambedue i genitori a quello contemporaneo od anteriore, gli effetti retroagiranno fino alla nascita del figlio; se poi il riconoscimento avvenne durante il matrimonio, lo acquisto dei diritti avrà la stessa data del riconoscimento; ed ove uno dei genitori avesse riconosciuto prima il figlio e l'altro dopo, i diritti non si acquistano da lui se non dal giorno del secondo riconoscimento, per lo quale si opera la legittimazione.

Se poi si tratta di legittimazione per decreto reale, i suoi effetti non cominciano se non dal giorno dell' ottenuto decreto, e per rispetto dei genitori o del solo genitore che l' ha domandata (art. 201). Abbiamo già detto che secondo le leggi napolitane del 1819 la legittimazione per decreto reale, non conferiva al legittimato gli stessi diritti del figlio legittimato per susseguente matrimonio, ma quelli del figlio naturale legalmente riconosciuto. Invece secondo le leggi romane la legittimazione per rescritto del principe produceva ad un dipresso gli stessi effetti della legittimazione per susseguente matrimonio. I bastardi si assoggettavano all' autorità paterna, acquistavano i diritti della famiglia e dell'agnazione, erano abilitati a succedere in linea retta e nella collaterale (1).

TITOLO VII.

DELL' ADOZIONE.

§ 305.° Dopo avere trattato della paternità naturale è d' uopo esaminare la parentela fittizia o civile, cioè quella che si opera per mezzo dell'adozione. E poichè la legge tratta in due capi separati prima dell'adozione e dei suoi effetti, e poscia delle forme dell'adozione, noi per seguire un ordinamento più logico, tratteremo dell'adozione in tre capi distinti, nel primo dei quali dell' adozione in genere, nel secondo delle forme, e nel terzo dei suoi effetti.

CAPO I.

Dell' adozione.

§ 306.° L'*adozione* è una istituzione di data molto antica. Fu conosciuta dagli Assiri, dagli Egiziani, dagli Ebrei, dai Greci e dai Romani; i quali ultimi conobbero l'adozione e l'arrogazione: la prima era diretta a stringere rapporti di paternità con le persone di alieno, l'altra con quelle di proprio diritto. Essa si fonda sull' amore e sul desiderio che ha l' uomo di voler sopravvivere sia nei nomi sia nelle cose alla edacità del tempo. Colui che non può riporre i suoi affetti verso una prole legittima, col mezzo dell'adozione cercherà di volgerli verso una prole di propria elezione.

§ 307.° L' adozione può definirsi un atto solenne, che senza alterare i rapporti di famiglia per rispetto all' adottato, stabilisce fra costui e l'adottante i diritti e doveri propri della parentela legittima. I Romani definivano l'adozione nel seguente modo: *Adoptio est actus civilis naturam imitans, qua quis alienus filius fit quasi ab eo geni-*

(1) Nov. 74, cap. 1 e 2, e nov, 87, cap, 9.

tus esset. L' adozione dovea imitare la natura, e si concedeva per apportare sollievo a coloro che erano privi di figli, o che un difetto di natura non aveva fatto nascere, o la morte aveva loro tolti: *Imitatur naturam ad solatium eorum qui liberos non habent, ad molliendum naturae defectum aut infortunium*.

Secondo le leggi napoletane del 1819 l'adozione era di *beneficenza* o *rimuneratoria*; ma giusta il novello codice italiano non è fatta alcuna distinzione; epperò serbate le condizioni da esso prescritte, può aver luogo per qualunque causa, sia per rimeritare servigi prestati, sia per compiere un atto di pura beneficenza.

§ 308.° L'adozione può farsi da tutte le persone dell'uno e dell'altro sesso, coniugati o no, legati o no da voti solenni, ritenendo noi che il prete possa contrarre matrimonio civile. Ma ove le tendenze della giureprudenza piegassero in diverso senso , e potesse il matrimonio del prete ritenersi per legge proibito, avvisiamo che in tal caso non essendo possibile il matrimonio, non possa quegli stringere i rapporti della paternità fittizia o civile col mezzo dell' adozione (1).

Nel diritto romano in principio le donne non potevano adottare che per speciale concessione del principe, cioè allorchè avendo generato dei figliuoli, le erano premorti. Di poi fu loro ampiamente concesso il diritto di adottare mercè una costituzione dell' imperatore Leone (2).

§ 309.° Le condizioni perchè l' adozione abbia luogo sono relative a quelli che adottano ed a quelli che sono adottati. Per rispetto ai primi sono necessarie le seguenti condizioni:

1° È d'uopo che coloro i quali vogliono adottare abbiano compiuti gli anni cinquanta, acciocchè non sieno allontanati dal matrimonio, ed ove già lo abbiano contratto, non dovevasi permettere l'adozione a coloro che possono avere figli legittimi. Secondo i Romani si richiedeva la età di anni sessanta in coloro che volevano adottare (3).

2° È necessario che superino almeno di diciotto anni l'età di quello che intendono adottare, sia perchè imitandosi la natura, fa d'uopo che fra l'adottante e l'adottato siavi almeno quella minima differenza di età che dee intercedere necessariamente fra genitori naturali ed i loro figliuoli; e ciò anche perchè la differenza di età giova ad ispirare e mantenere quel sentimento di autorità tra l'adottante e l'adottato, che è necessario per la educazione di costui ove sia di età minore. Anche per diritto romano era richiesta la stessa differenza minima di diciotto anni tra l' adottante e l' adottato.

3° È necessario che coloro che adottano non abbiano nel momento dell'adozione discendenti legittimi o legittimati, poichè se esistessero costoro l' adozione mancherebbe di scopo; e d' altronde non è giusto volgere gli affetti verso gli estranei, quando si hanno figliuoli propri,

(1) Vedi in senso contrario Valette su Proudhon, 11, 244, Massè e Vergé, 1 343 , Ducarroy, Bonnier e Roustaing , 1 516, Pacifici Mazzoni, Ist. pag. 399.
(2) Inst. de adopt. § 10, 1, 8 cod. eod. e l. 29, § 3. Dig. de inaff. test. e Nov. 26.
(3) L. 15 § 2, Dig. de adopt.

ed ammettere quelli a dividere il patrimonio che può essere conservato a vantaggio dei propri discendenti. Non diversamente era stabilito dal diritto romano: *Praeterea videndum est an non debeat permitti ei qui vel unum habebit, vel plures liberos, adoptare alium, ne aut illorum quos iustis nuptiis procreaverit, deminuatur spes, quam uniusque liberorum obsequio parit sibi aut qui adoptatus fuit, minus percipiat quam dignum erit eum consequi* (1).

I figli legittimi sono di ostacolo all' adozione, quantunque fossero concepiti nel tempo dell' adozione, trovando piena applicazione in tal caso la massima che il figlio concepito si ha per nato,quando si tratta del di lui vantaggio: e qui l'impedimento dell' adozione torna certo a profitto del figlio da nascere. Quanto ai figli concepiti prima del matrimonio, essi sono di ostacolo all' adozione dal giorno della celebradel matrimonio fatta prima della loro nascita (2).

Se il figlio nasca prima di cento ottanta giorni, o dopo trecento giorni dall'atto dell' adozione, si riterrà nel primo caso concepito nel tempo di un tale atto, non già nel secondo, poichè la gestazione non può durare meno di cento ottanta, nè più di trecento giorni.

Quanto ai figli legittimati essi sono di ostacolo all'adozione, dal giorno della loro legittimazione; fatta per *subsequens matrimonium* o per decreto reale; ed anche i figli già adottati e tuttora esistenti formano impedimento all'adozione; salvo solo se con lo stesso atto si volessero adottare più persone (art. 203). Ma i figli naturali nati fuori di matrimonio non possono essere adottati dai loro genitori, sia che la loro filiazione sia stata o no riconosciuta (art. 205); altrimenti resterebbero eluse le leggi relative alla restrizione del diritto di successione in pro dei detti figliuoli nella concorrenza di altri parenti del defunto.

Quanto ai figli assenti, siano legittimi o legittimati od adottivi, essi sono di ostacolo all'adozione, qualunque sia il tempo della loro assenza, giacchè questa in niun periodo equivale alla morte.

4° In quarto luogo si richiede che coloro i quali vogliono adottare godano buona fama (art. 215); e ciò onde l'adozione non celi secondi fini, o si trasformi in un mezzo per consumare immoralità in danno di giovani di età minore. Le leggi romane non disponevano diversamente. La corte di appello, competente ad assodare un tale estremo, domanderà alle autorità o persone private riservatamente le notizie all' uopo opportune su la buona morale degli adottanti, e la prova resterà abbandonata alla libera estimazione della Corte di appello.

5° Da ultimo se l' adottante fosse il tutore della persona da adottarsi, non potrebbe devenirsi all' adozione, se non dopo reso il conto della tenuta amministrazione (art. 207).

Quanto alle condizioni da parte di colui che viene adottato esse sono le seguenti:

(1) L. 17 § 3, Dig. de adopt.
(2) Duranton. III, 278, Aubry § 556 e Marcadè, art. 243.

1° È necessario che le persone dell'uno e dell'altro sesso, ecclesiastiche o secolari che voglionsi adottare, abbiano compiuto almeno diciotto anni (art. 206); avvegnachè passando esse a far parte di una famiglia estranea, verso la quale contraggono degli obblighi, e di cui devono inoltre portare il cognome, è giusto che siano in età da poter prestare un consenso serio e maturo. Invece il diritto romano si dilungava da una tale condizione, quando permetteva di potersi adottare così i puberi come gl'impuberi, cioè coloro che non avevano superati gli anni quattordici se uomini e dodici se donne: *Per praetorem, vel presidem provinciae adoptari tam puberes, quam impuberes possunt* (1). Quanto ai pupilli poteva farsi la loro adozione dalle persone legate dal vincolo della parentela naturale o da particolare affetto: *Eorum dumtaxat pupillorum, adrogatio permittenda est his qui vel naturale cognatione, vel sanctissima affectione ducti, adoptant* (2).

2° È necessario che la persona che vuolsi adottare non sia stata adottata da altri, poichè niuno può essere adottato da più persone, eccetto da due coniugi (art. 204); giacchè, se l'adozione dee imitare la natura, non è possibile supporre un figlio, che abbia più padri o più madri: *Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere* (3). Senonchè il coniuge del primo adottante, può adottare la stessa persona già dal primo adottato, essendovi in tal caso solo diversità rispetto al tempo in cui l'adozione vien fatta dai due coniugi a favore dello stesso individuo. Se il primo adottante fosse morto, il figlio già da lui adottato, non potrebbe essere di nuovo adottato da altri; e ciò sia perchè il divieto della legge è assoluto nella sua lettera e nel suo spirito, sia perchè non è possibile supporre che alcuno abbia più genitori adottivi, come non è possibile di averne più naturali.

In un medesimo atto si possono adottare più persone (art. 203), poichè se è lecito avere più figliuoli naturali, non dev'essere disdetto di avere più figli adottivi, sieno essi parenti tra loro od affini, sieno anche intrinseci od estranei.

CAPO II.

Delle forme dell'adozione.

§ 310.° Le forme dell'adozione vedonsi regolate secondo i costumi di ciascun popolo. Appo gli Ostrogoti s'inviava all'adottato uno scudo, una spada ed un cavallo per associarlo al proprio genio bellicoso. Al modo stesso gli antichi Germani eseguivano l'adozione inviando un'arme nelle mani dell'adottato. I Musulmani ricevono l'adottato nudo nella propria camicia e lo stringono al seno; ed altri popoli antichi

(1) Ulpiano.
(2) L. 17, § 1, Dig. de adopt.
(3) L. 16. Dig. de adopt.

fingevano la uscita dell'adottato dal proprio letto, qual simbolo del nascimento della prole naturale.

Appo i Romani l' adozione facevasi al cospetto del popolo nei comizii, ed alla presenza di cinque testimoni, dell'antestato e del libripende, per mezzo della cerimonia della moneta di rame e della bilancia, cioè *per aes et libram*. Il figlio era venduto tre volte all'adottante col segno figurativo della moneta e della bilancia, cioè mercè la emancipazione che operava la uscita dal mancipio, ossia lo stato di coloro che stavano sotto l'altrui potestà. Il compratore che adottava profferiva le seguenti espressioni: Questo individuo è mio, perchè lo compero con questa moneta di rame, e con questa bilancia. La presenza delle parti era essenziale, non potendosi fare l'adozione per mezzo di procuratore, nè poteva farsi a tempo o sotto condizione: *Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium puta eundem in adoptionem des, an actio ulla sit? Et Labeo putat nullam esse actionem; nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere* (1).

Nel novello diritto fu soppressa l'antica forma, e l' adozione si faceva presentandosi il padre legittimo col figlio da adottarsi dinanzi ad un giudice qualunque, ancorchè incompetente, il quale riceveva la dichiarazione di volontà dell'adottante e dell'adottato, e si reputava per tal modo perfetta l'adozione (2).

§ 311.° Secondo le leggi napolitane dell' anno 1819 l'adozione si faceva dinanzi al giudice di circondario, il quale riceveva il consenso delle parti. Di poi fra dieci giorni doveva adirsi il tribunale civile, il quale esaminava se si poteva far luogo all'adozione, e dopo un mese la corte di appello senza allegare i motivi, dichiarava se la sentenza del tribunale doveva confermarsi o rivocarsi.

§ 312.° Secondo il codice italiano l'adozione si fa col consenso dell'adottante e dell'adottato (art. 208). Se l'adottante ha padre, madre o coniuge vivente, è pur necessario il loro consenso; e ciò sia per i diritti che l' adottato acquista nella famiglia, sia per evitare qualunque disturbo con la introduzione in essa di persona estranea e mal veduta. Il consenso dei genitori è necessario da parte di entrambi, e nel disaccordo non prevale quello del padre come nel matrimonio. Egli è indifferente che i coniugi sieno uniti o separati, occorrendo nell'un caso come nell' altro il loro consenso; nè può surrogarsi quello di alcuno di essi con l'autorità del magistrato, trattandosi dell' esercizio di un diritto strettamente personale. Un tal consenso si richiede sempre, qualunque sia il sesso, l'età e la posizione sociale dell'adottante, non essendo dalla legge subordinato ad alcuna restrizione.

Se l'adottato ha padre, madre o coniuge vivente, è pure necessario il loro consenso, a motivo dei loro interessi morali e materiali che

(1) L. 34 Dig. de adop. et emancip.
(2) L. ult. Cod. eod tit.

vengono impegnati nell'adozione del proprio figlio o consorte. Il consenso dei genitori dell'adottato deve darsi da entrambi, e nel dissenso, non può aver luogo l' adozione col solo consenso del padre come avviene nel matrimonio.

§ 313.° Il consenso è prestato nel modo qui presso: La persona che vorrà adottare e quella che vorrà essere adottata, si presenteranno personalmente al presidente della corte di appello nel cui distretto ha domicilio l'adottante, per venire all'atto del loro reciproco consenso, il quale sarà ricevuto dal cancelliere della corte. Dovranno pure intervenire in persona o per procura quelli di cui è richiesto l'assenso a norma degli articoli 208 e 209 (art. 213). La procura dev'essere speciale ed autentica, nè può accettarsi il mandato tacito, il quale se non è ammesso nei giudizi ordinari, tanto più non può essere ritenuto nell'adozione, le cui forme non sono intese a provarla in qualunque modo, ma a compierla con rito speciale e solenne.

§ 314.° L'atto di adozione dev'essere presentato entro i dieci giorni susseguenti, in copia autentica, dalla parte più diligente alla corte per la omologazione (art. 214). Questo termine è di rigore, ed ove lo si lasci inutilmente trascorrere, si presume che le parti abbiano rinunziato all'adozione: la giureprudenza non si è pronunciata diversamente sul riguardo (1).

§ 315.° La corte assunte le opportune informazioni dee verificare: 1° se tutte le condizioni della legge sieno state adempite: 2° se colui che vuole adottare gode buona fama; 3° se l' adozione convenga all'adottato (art. 215). La Corte non dovendo raccogliere le prove secondo il sistema della procedura contenziosa, si procurerà quelle notizie su la morale degl'individui, che può attingere sia da altre autorità pubbliche, sia rivolgendosi a persone private che sieno in grado di somministrarle fedelmente e con cognizione di causa.

§ 316.° Dopo le raccolte informazioni la corte, sentito il pubblico ministeró in camera di consiglio, ed omessa ogni altra formalità di procedura, senza esprimere i motivi, deve pronunziare in questi termini: *Si fa luogo, o non si fa luogo all'adozione* (art. 216). Codesto procedimento eccezionale tende ad evitare ogni pregiudizio alla stima di colui che intendeva adottare, ed anche per vieppiù garentire la indipendenza della corte di appello in un' affare cotanto delicato. Senonchè in caso che la corte dichiari non farsi luogo all' adozione, si è sempre in libertà delle parti ripetere a miglior tempo la domanda, od anche subito dopo, quando si credesse che la corte si determinò a giudicare in tal modo sopra erronee o false informazioni ricevute.

Il pubblico ministero dev'essere inteso oralmente in camera di consiglio, nè il voto della legge sarebbe adempiuto con una semplice requisitoria scritta; avvegnachè discutendo egli con la corte in camera

(1) Vedi l'arr. della già Corte Sup. di Giust. di Napoli del 7 giugno 1823, causa Gallo e Gentile.

di consiglio, e venendo a notizia di fatti o circostanze per le quali l'adozione non dovrebbe accogliersi, darebbe il suo avviso con quella migliore cognizione di causa, che dipende da una piena discussione insieme agli altri componenti della corte.

§ 317.° Il decreto della corte di appello che ammette l'adozione debb'essere pubblicato ed affisso in quei luoghi ed in quel numero di copie che la corte stimerà di prescrivere, e deve inoltre essere inserito nel giornale degli annunzi giudiziarii del distretto e nel giornale ufficiale del regno (art. 218). Se la corte dichiara non farsi luogo all'adozione non si dà luogo a veruna pubblicazione della sentenza, che sarebbe lesiva del decoro di colui che intendeva adottare. Ma se sia affermativa dee ricevere una grande pubblicità, poichè rendesi necessario di notificare la società dell'avvenuto cangiamento di stato del cittadino che è stato adottato.

§ 318.° Nei due mesi successivi al decreto della corte, l'atto di adozione dev'essere annotato in margine dell'atto di nascita dell'adottato nei registri dello stato civile. L'annotazione non può aver luogo che su la presentazione di copia autentica dell'atto di adozione, e del decreto della corte di appello coi certificati delle seguite pubblicazioni ed inserzioni (art. 218).

§ 319.° Un caso facile ad avvenire si è quello che dopo la prestazione del consenso avanti il presidente della corte di appello o di colui che ne fa le veci, l'adottante o l'adottato diventassero dementi o fossero interdetti, o il primo solo morisse, e dopo di lui anche l'adottato. In tal caso avendo avuto luogo la manifestazione di volontà dell'adottante, ed è interesse del figlio adottivo di compiere le altre formalità, è stabilito che il procedimento potrà essere continuato o dall'adottato o dai suoi eredi, e l'adozione potrà essere ammessa, qualora ne sia il caso. In caso di morte dell'adottante, i suoi eredi possono presentare alla corte col mezzo del pubblico ministero memorie ed osservazioni per dimostrare l'inamissibilità dell'adozione (art. 217), come ad esempio che fu carpita dalla debolezza della mente o degli anni; e ciò per evitare di istituire, dopo la pronunciazione del decreto da parte della corte, un regolare giudizio di nullità dinanzi al tribunale competente in linea contenziosa. Qualora l'adottante sia stato interdetto dopo aver prestato il consenso, il tutore provvederà di presentare egli le memorie scritte, nel fine di non far pronunciare l'adozione, quando ne fosse il caso.

§ 320.° L'adozione può essere annullabile o nulla. È annullabile quando il consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo. Essa è poi nulla se l'adottante è incapace di adottare, come se avesse figli o non offrisse alcuna delle altre condizioni volute dalla legge, come se mancasse dell'età di anni cinquanta od avesse meno di anni diciotto di più dell'adottato, o non avesse riportato il consenso del padre, della madre e del coniuge. Solo la mancanza della buona fama non potrebbe opporsi, rientrando l'esame al

riguardo nelle facoltà della corte di appello, il di cui giudizio è affatto incensurabile.

L'adozione è del pari annullabile quando non siensi osservate le regole di competenza riguardo al presidente della corte, ed al numero dei suoi componenti, o la necessità del mandato da parte del procuratore, o non sieno state osservate le altre formalità del procedimento.

§ 321.° Se l'adozione è nulla assolutamente, come lo sarebbe per la mancanza della età richiesta nell'adottante, una tale nullità è perpetua, e non può essere sanata nè dal tempo, nè dalla ratifica espressa o tacita; ma gl'interessi pecuniarii dipendenti dalla filiazione civile creata dall'adozione sono soggetti alla ordinaria prescrizione; epperò l'adottante od i suoi eredi non potrebbero, dopo il trentennio di possesso di beni da parte dell'adottato, reclamarli.

§ 322.° La nullità dev'essere proposta per via di azione avanti il tribunale civile competente, poichè la corte di appello nel dichiarare doversi far luogo all'adozione con suo decreto, procede in via di giurisdizione graziosa, ed è adita non come magistrato ordinario, ma come autorità pubblica per rivestire della maggiore autenticità l'atto solenne di adozione. Malamente si appongono coloro, i quali credono che avverso il decreto della corte possa ricorrersi in Cassazione; mentre l'azione di nullità che può essere esperimentata dopo compiuta l'adozione entra nella competenza ordinaria (1).

§ 323.° L'adozione formata validamente è irrevocabile, quantunque dopo, nascessero figli legittimi all'adottante. Non può essere rivocata per reciproco consenso tra l'adottato e l'adottante, perchè crea lo stato di filiazione civile, che non può essere subordinato alla volontà di chi lo diede e l'accettò (2). Ma impugnata l'adozione con l'azione di nullità per qualunque causa, e specialmente per dolo o per captazione, non è nulla la transazione che, riconoscendo la nullità lamentata, dichiari sciolto ogni rapporto civile tra le parti contraenti.

CAPO III.

Degli effetti dell'adozione.

§ 324.° L'adozione legalmente formata crea rapporti di paternità e di filiazione civile fra l'adottante e l'adottato, senza alterare i naturali; epperò gli effetti non sono diversi da quelli derivanti dalla paternità e filiazione legittima, sia per rispetto alle persone, sia per rispetto ai beni. Quanto alle persone sono notevoli i seguenti effetti:

(1) La nostra Corte di Cassazione con l'ultimo arresto del 1871 nella causa dell'adozione fatta a favore del prete Mansione, accoglieva lo stesso principio, rigettando il ricorso proposto nell'interesse dell'adottante, che sosteneva la nullità dell'adozione, malgrado una dotta allegazione all'uopo scritta dall'illustre avvocato Pisanelli. Vedi Merlin, Questions, V. adoption, Quest. de droit, § II, n. 1; Duranton, III, 251. Marcadé, art. 360, III. Lemolombe, VI, 187. Aubry e Rau, IV. Pacifici Mazzoni, ist. lib. 1, pag. 407.

(2) Vedi nello stesso senso Merlin révocation d'adoption, quest. de droit § 8 n. 3; Duvergier ou Toullier, II n. 1018; Demolombe, VI 127; Aubry e Rau IV § 537, Marcadè art. 360; Pacifici Mazzoni ist. l. 1 delle persone, pag. 407.

1° Che l'adottato assume il cognome dell'adottante e l'aggiunge al proprio (art. 210). Siccome però costui non è privato della propria famiglia, codesta dottrina è uniforme a quella dei Romani (1).

2° Che fra l'adottante e l'adottato non possa contrarsi matrimonio (art. 60). Questo divieto è ragionevole, poichè l'adozione stabilisce una parentela civile tra essi, non dissimile nelle sue conseguenze alla parentela naturale. I costumi e la morale sarebbero compromessi, allorchè potessero alimentarsi colpevoli speranze tra le persone ligate con la parentela civile. Le leggi romane attribuivano a questa gli stessi effetti della parentela naturale, e non permettevano il matrimonio, anche quando l'adottato fosse morto od emancipato.

3° Che le incapacità e presunzioni legali stabilite dagli art. 783 e 1053, si applicano nei rapporti fra l'adottante e l'adottato.

4° Che il padre e la madre adottivi od ambedue hanno l'obbligo di continuare, occorrendo, l'educazione del figlio adottivo (art. 211).

In ordine ai beni derivano le seguenti conseguenze:

1° Che l'adottante e l'adottato hanno l'obbligo reciproco di fornirsi gli alimenti, il quale obbligo esiste pure fra l'adottato ed i suoi genitori legittimi, non che fra l'adottante ed i suoi discendenti legittimi. Senonchè un tale obbligo nell'adottante precede quello dei genitori legittimi o naturali, e nell'adottato lo stesso obbligo, come il diritto correlativo, concorre con quello dei figli legittimi o naturali dell'adottante (art. 211). La somministrazione reciproca degli alimenti è doverosa, poichè l'adozione crea dei doveri di paternità e filiazione: *Filius familias non solum naturae, verum et adoptione facit* (2). Nondimeno questa obbligazione reciproca non si estende agli ascendenti dell'adottante, poichè niuna parentela si contrae tra l'adottato e gli ascendenti del medesimo.

2° Che l'adottato e dopo la sua morte i suoi discendenti legittimi e legittimati, tanto per diritto proprio quanto per rappresentazione, hanno su l'eredità dell'adottante tutti i diritti dei figli legittimi, quando anche dopo l'adozione sopravvengano all'adottante figli siffatti: (art. 210). In conseguenza l'adottato esclude tutti i collaterali e gli ascendenti di costui; e se viene solo la raccoglie tutta; se in concorso con gli altri figli legittimi, prende la stessa quota dovuta a costoro. L'adottato ha diritto alla legittima e di chiedere la riduzione delle disposizioni testamentarie, e delle donazioni fatte a di lui pregiudizio dopo l'adozione, ma non a quelle fatte anteriormente; avvegnachè l'adozione non può equipararsi alla sopravvenienza dei figli; altrimenti si lascerebbe nelle mani dell'adottante un modo facile di rivocare i doni da lui fatti. D'altronde avendo la legge permessa la rivocazione delle donazioni per la sopravvenienza di un figlio legittimo o legittimato al donante, quando però rispetto a quest'ultimo sia nato dopo

(1) L. 5610, die dd. Senat.
(2) L. 9, dig. de adopt.

la donazione (art. 103), non può estendersi il beneficio stesso al figlio adottivo: qui è applicabile la regola *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit.*

Se poi la donazione venga rivocata per la sopravvenienza di un figio legittimo o legittimato al donante, non è dubbio che il figlio adottivo potrà profittarne.

§ 325.° L'adozione non induce alcun rapporto civile fra l'adottante e la famiglia dell'adottato, nè fra l'adottato ed i parenti dell'adottante; salvo ciò che è stabilito nel titolo del matrimonio (art. 212). Il diritto romano non aveva diverso stabilimento: *Qui in adoptionem datur, his quibus adgnoscitur, nec cognatus sit. Adoptio enim non ius sanguinis, sed ius agnationis offert, et ideo si filium adoptaverim, uxor mea illi matris loco non est, neque adgnascitur ei propter quod nec cognata eus sit* (1). In conseguenza di tal principio l'adottato non ha verun diritto di successione su l'eredità dei parenti dell'adottante, limitandosi i suoi diritti su la sola successione dell'adottante. Del pari l'obbligo reciproco di fornirsi gli alimenti, che la legge riconosce tra l'adottante e l'adottato, non esiste fra l'adottato e gli ascendenti dell'adottante, nè fra l'adottante e gli ascendenti dell'adottato; come pure non esiste fra la moglie dell'adottato e l'adottante, e viceversa.

§ 326.° Da ultimo l'adozione non modificando punto i rapporti di parentela e filiazione naturale, fa conservare all'adottato tutti i diritti e doveri verso la sua famiglia naturale (art. 212). Secondo l'antico diritto romano i figli adottivi non succedevano al padre; ma il pretore dava loro il possesso dei beni. Invece pel novello diritto romano, non si faceva più distinzione tra figli legittimi, adottivi ed emancipati per rispetto alla successione (2). In conseguenza il padre e la madre legittima conservano la patria potestà con tutti i diritti che ne derivano, come gli attributi di correzione, il godimento dell'usufrutto, il diritto di consentire al matrimonio, ec. Senonchè in mancanza del padre naturale e nella esistenza del padre adottivo, il diritto di consentire al matrimonio spetta all'adottante, giusta le cose dette innanzi (art. 63). L'obbligo reciproco degli alimenti e il diritto successorio tra parenti legittimi e naturali continuano a sussistere, come se l'adozione non fosse avvenuta.

§ 327.° Gli effetti dell'adozione hanno luogo dal giorno dell'atto di consenso, così per rispetto all'adottante ed all'adottato, come per rispetto ai terzi, purchè riguardo a questi ultimi l'annotazione dell'atto di adozione in piè dell'atto di nascita dell'adottato nei registri dello stato civile sia seguita nei due mesi successivi al decreto della corte; altrimenti gli effetti non cominceranno rispetto ad essi che dal giorno in cui sarà seguita l'annotazione (art. 217 e 219).

(1) L. 23 de adopt.
(2) Nov. 118, cap. 2.

TITOLO VIII.

DELLA PATRIA POTESTÀ.

§ 328.° Dopo aver trattato della costituzione della famiglia mercè il matrimonio, designati i membri che la compongono, non che della parentela civile col mezzo dell' adozione, è d' uopo trattare delle regole relative al governo della famiglia.

§ 329.° Al retto andamento della famiglia è inteso lo istituto della patria potestà, ossia quel potere domestico di direzione e rappresentanza, che si esercita specialmente su'figli di età minore. La patria potestà ha il suo fondamento nella natura dell' uomo, la quale siccome vuole la conservazione degli esseri da essa formati, non può non desiderare che i figli restino nei primi anni della vita, e prima che in essi siasi fortificata la ragione, soggetti alla patria potestà, onde sia conservata la loro esistenza, e si provveda al loro sviluppo fisico e morale.

§ 330.° Appo i Romani la mancanza di una forte costituzione politica, diè motivo ad una estensione al di là dei limiti naturali della patria potestà, onde rafforzare la società di famiglia. I figli, contro ogni natural sentimento, furono considerati come cose, *tanquam res mancipi*, ed al padre fu concessa l'azione di furto per riaverli. Il padre, dopo aver consultato il tribunale domestico, potea esercitare il diritto della vita e della morte su le persone dei figli, *ius vitae et necis*. Senonchè col decorso dei tempi la patria potestà si svestì di quel concetto austero di dominio su le persone dei figli; si affidò al potere sociale il diritto di decidere su l'esistenza dei figli; ed i genitori lungi, di essere i despoti di quelli, si stabilì che fossero i loro sostegni nell'età infantile, ed i loro duci e compagni nell' età inoltrata. La potestà patria si restrinse a quella dipendenza da parte dei figli che è necessaria al loro stesso benessere, ed è ragion di gratitudine verso coloro che sono autori della loro esistenza: allora si accolse la regola, che la patria potestà più nella pietà che nell'atrocità dee consistere: *Magis pietate, quam in atrocitate consistit*.

§ 331.° La legislazione francese posteriore alla rivoluzione del 1789, limitò abbastanza i diritti della patria potestà; avvegnachè prosciolse i figli dalla stessa, non appena compiuti gli anni ventuno, sia permettendo al figlio di abbandonare la casa paterna dopo i diciotto anni, allorchè intendesse arrollarsi come volontario nell' esercito nazionale, sia abolendo l' istituto della diredazione, sia limitando in altri modi l' esercizio di quella domestica magistratura; sicchè può dirsi che se i Romani ne abusarono in pro dei padri, i Francesi ne abusarono in pro dei figli.

§ 332.° Invece le nostre leggi napolitane del 1819, riproducendo l' istituto della diseredazione, ritenendo la necessità del consiglio da parte del genitore, allorchè il figlio o la figlia doveva passare a ma-

trimonio qualunque fosse stata la sua età, prescrivendo che la figlia non potesse abbandonare la casa paterna finchè non passasse a marito, autorizzando il padre a poter chiedere *per vim actionis* il rinchiudimento in una casa di correzione del figlio minore di quindici anni, prolungando la età maggiore fino ai venticinque anni, allorchè volesse vendere od ipotecare gli stabili non acquistati con la propria industria, prendere danaro a mutuo, ritirare capitali, o compiere altri atti relativi al suo patrimonio immobiliare, cercarono di rendere più vigorosa la potestà patria, cotanto stremata nei suoi effetti dalle leggi francesi.

§ 333.° Il legislatore moderno ha seguito una via media, ed uniformandosi alla condizione dei tempi, ha dovuto adattare le leggi su la patria potestà a quei medesimi principii di libertà, di uguaglianza, e di sociale progresso, che informano i singoli istituti della novella legislazione italiana.

§ 334.° La patria potestà appartiene congiuntamente tanto al padre quanto alla madre; ma durante il matrimonio è esercitata solo dal padre come capo della famiglia, e nel quale si presume la maggiore attitudine. Senonchè, ove il padre non possa esercitarla, sia per assenza, sia per vizio di mente o per incorsa indegnità al seguito di condanna penale, è esercitata dalla madre (1). Nulla rileva che i coniugi vivono separati, spettando l'esercizio della patria potestà al padre, malgrado che i figli fossero stati affidati alla madre.

§ 335.° Sciolto il matrimonio secondo le leggi napolitane del 1819, il genitore superstite divenia il tutore dei figli, comunque una tal tutela in taluni punti si allontanava dalle regole comuni. Al contrario secondo il codice vigente, sciolto il matrimonio, la patria potestà è esercitata dal genitore superstite sia il padre, sia la madre, e si è con ciò fatto ritorno alla regola del diritto romano, che nella esistenza del padre non dava luogo a nomina di tutore: *patrem habenti tutor non detur*.

§ 336.° Comunque la madre superstite non avesse minori diritti del marito, pure è data facoltà a costui di stabilire per testamento o per atto autentico condizioni alla madre superstite, per l' educazione dei figli e per l' amministrazione dei loro beni. Può quindi il marito indicare il luogo dove i figli devono essere educati, e destinare un consulente alla moglie, il quale invigili l'amministrazione del patrimonio componente la propria eredità. Senonchè queste condizioni non sono obbligatorie per la moglie superstite, la quale, ove non voglia accettare, può chiedere di esserne dispensata, facendo convocare dal pretore un consiglio di famiglia composto a norma della legge, affinchè deliberi su la chiesta domanda di dispensa. La deliberazione del consiglio di famiglia, dev'essere sottoposta all' omologazione del tribunale, il quale provvede, sentito il pubblico ministero (art. 235).

(1) Vedi gli art. 3 disposizioni trans. 233, 220 e 229 cod. civ.

§ 337.° Quanto alle persone dei figli sottoposti alla patria potestà, essi vi sono tutti compresi, sieno legittimi o legittimati, sieno naturali riconosciuti, sebbene questi ultimi, giusta le cose innanzi dette, sono soggetti alla tutela legale, che nella sostanza poco o nulla differisce dalla patria potestà. Abbiamo del pari avvertito che gl'incestuosi od adulterini non avendo alcun diritto di famiglia, ma i soli alimenti allorchè sono riconosciuti, malgrado il divieto della legge, non possono soggiacere agli effetti della patria potestà.

§ 338.° Il figlio, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori (art. 200); nè questi doveri morali enunciati dalla legge rimangono privi di sanzione, quando il figlio se ne discostasse durante il periodo dell'età minore, poichè il padre in virtù del diritto di correzione, potrebbe operare il rinchiudimento del figlio in un luogo di correzione. Ove poi se ne allontanasse nella età maggiore troverebbe l'analoga sanzione nella pubblica disistima, ed in caso di reato, nelle più gravi sanzioni che la legge giustamente riserba contro colore che stendono la mano sacrilega su l'autore dei loro giorni.

§ 339.° A provvedere allo esercizio dei diritti e doveri inerenti alla patria potestà, il figlio non può abbandonare la casa paterna o quella che il padre gli abbia destinata, senza permissione del medesimo. Se se ne allontani senza permissione, il padre ha diritto di richiamarvelo, ricorrendo, ove sia d'uopo al presidente del tribunale civile.

Un tale divieto cessa in primo luogo, allorchè il figlio voglia arruolarsi volontario nell'esercito nazionale; il che si è stabilito per favorire lo sviluppo delle forze militari di terra e di mare, specialmente nei pericoli di guerra, allorchè la necessità della difesa della patria, dee far tacere ogni altro sentimento. In secondo luogo cessa un tale divieto qualora giuste cause rendessero necessario l'allontanamento del figlio dalla casa paterna. Il presidente, su l'istanza dei parenti od anche del pubblico ministero, prese informazioni senza formalità giudiziali, provvede nel modo più conveniente, senza esprimere nel decreto alcun motivo. Se vi sia pericolo nel ritardo, provvede il pretore, riferendone immediatamente al presidente, il quale conferma, revoca o modifica il dato provvedimento (art. 221). Non sono rari nè infrequenti gli esempi di genitori snaturati, che lungi di provvedere allo immegliamento dei figli, ne tentano la disistima o corruzione, o ne compromettono la morale con l'esempio di una vita riprovevole e lasciva. Oltre i poteri tutelari e di prevenzione che la legge affida all'autorità del presidente per liberare i figli da tentativi sì vituperevoli, sono stabilite le analoghe pene, ove il danno fosse irreparabilmente consumato nelle persone dei figli, o tentato per modo da esigere l'intervento del magistrato penale (art. 421 e 422 cod. pen.).

Oltre i casi enunciati, il figlio non può abbandonare la casa paterna, senza consenso del padre, sia anche per motivo più o meno plausibile, come per perfezionare studi all'estero, per attendere all'esercizio di una scienza, un'arte od un mestiere.

§ 340.° Tra' doveri inerenti alla patria potestà, sono principali quelli di educare il figlio, di rappresentarlo in tutti gli atti della vita civile, ed amministrare il suo patrimonio; e come compenso al disimpegno di tali obblighi la legge assegna al padre l' usufrutto legale su' beni dei figli, salve talune eccezioni.

§ 341.° Il dovere di educare i figli consiste nel dirigerne e sorvegliarne la condotta, nel regolarne il genere di vita, e provvedere alla loro istruzione, sia nella casa propria, sia presso istituti di educazione, sieno pubblici sieno privati, secondo le forze del proprio patrimonio, malgrado il dissenso del figlio o di qualunque altra persona, sia congiunta sia estranea.

Per ottemperare agli enunciati doveri nei casi di riluttanza da parte dei figli, la legge concede ai genitori i mezzi opportuni dei domestici castighi, purchè non si sorpassi quella misura da ricadere nell' abuso che la legge riprova (art. 514 cod. pen.). Se poi il padre non riesca a frenare i traviamenti del figlio coi castighi domestici, può allontanarlo dalla famiglia, assegnandogli, secondo le forze del proprio patrimonio, gli alimenti strettamente necessari. Egli può inoltre con l' autorizzazione del presidente del tribunale collocarlo in quella casa, o in quell'istituto di educazione o di correzione che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo. Tale autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente, ed il presidente provvede senza formalità di atti e senza esprimere i motivi del decreto (art. 122). Per tal modo non restano precedenti disonorevoli su la condotta del figlio nei suoi anni maturi. Contro il detto decreto è ammesso il ricorso al presidente della corte di appello, e, trattandosi nei divisati casi di provvedimenti che interessano la libertà civile, dev'essere inteso il pubblico ministero (art. 223).

§ 342.° In secondo luogo il padre ha il debito di rappresentare i figli nati e nascituri in tutti gli atti della vita civile, e di amministrare i loro beni (art. 224). In forza del diritto di rappresentanza, il padre non soggiace alla vigilanza di alcuno, e sta in giudizio sia come attore, sia come convenuto, qualunque sia la natura dell'azione da lui istituita, e delle eccezioni che intende controporre alle altrui domande. In forza del diritto di amministrazione esige tutte le rendite dei beni del figlio, compie gli affitti dei beni stessi non eccedenti i nove anni, acquista beni di qualunque natura, ec. Solo ha bisogno del permesso del tribunale per alienare, ipotecare, dare in pegno i beni del figlio, contrarre a nome di lui mutui, od altre obbligazioni eccedenti i limiti della semplice amministrazione (art. 224). Il tribunale civile può consentire alcuno degli atti enunciati, allorchè vi sia utilità evidente o necessità (arg. dall'art. 1405), come se dovesse permutarsi un fondo lontano con uno vicino, liberarsi da un condominio molesto, soddisfare delle obbligazioni che non ammettono dilazioni, ristorare altri fondi, collocarsi in matrimonio, liberare il padre stesso dalle carceri, provvedere alle spese di educazione ed istruzione, e casi simili.

Qualora si tratti della riscossione dei capitali, o della vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento, basta l'autorizzazione del pretore, a condizione che tanto del capitale riscosso, quanto del prezzo ritratto dalla vendita si faccia nuovo impiego, la cui sicurezza sia riconosciuta dal pretore stesso (art. 225).

Al padre è poi vietata la compra dei beni dei figli sottoposti alla sua potestà (art. 1457). Del pari non può divenire cessionario dei diritti e ragioni a quelli competenti, non avendo la legge distinta la specie di beni, nè il modo di alienazione. Non sarebbe lo stesso degli affitti, poichè il divieto all'uopo stabilito per rispetto al tutore non può estendersi al padre. Senonchè l'acquisto a favore del padre dei beni dei figli potrebbe sempre farsi col permesso del tribunale nei casi di necessità od utilità evidente.

§ 343.° Il padre deve accettare col beneficio dell'inventario le eredità devolute ai figli sottoposti alla sua potestà; e se non possa o non voglia accettarle, il tribunale a richiesta del figlio o di alcuno dei parenti, od anche su l'istanza fatta di uffizio dal procuratore del re, può autorizzarne l'accettazione, premessa la nomina di un curatore speciale, e sentito il padre (art. 226). Del pari può accettare le donazioni fatte al figlio minore non emancipato (art. 1059). Se poi il padre stesso è minore, e solo emancipato col matrimonio, ha bisogno dell'assistenza del curatore e dell'autorizzazione del consiglio di famiglia per quegli atti che risguardano il figlio, e che qualora fossero propri non potrebbe compiere senza quella assistenza; poichè non può fare per la persona che rappresenta più di quello di cui è capace per sè stesso.

In tutti i casi nei quali nasca conflitto d'interesse tra i figli sottoposti allo stesso genitore, o tra costui ed i propri figli, deve essere nominato a questi ultimi uno o più curatori speciali. La nomina del curatore dev'essere fatta dall'autorità giudiziaria davanti alla quale fosse vertente il giudizio, ed in ogni altro caso del tribunale civile del domicilio del padre, che è pur quello dei figli (art. 224).

La rappresentanza del padre o della madre superstite dopo lo scioglimento del matrimonio compete non solo a quei genitori che rimasero superstiti dopo la pubblicazione del codice civile, ma anche a coloro che per le leggi napolitane del 1819 veniano considerati come tutori. Essi riprenderanno l'esercizio della patria potestà con tutti i diritti ad essa inerenti dal giorno dell'attuazione del codice civile (art. 9 leg. transitoria). Epperò quante volte i loro beni fossero gravati d'ipoteca, giusta le leggi anteriori, potrebbero chiederne la radiazione con ricorso diretto al tribunale competente.

§ 344.° I genitori possono essere privati del diritto di amministrazione da coloro che istituiscono eredi i loro figliuoli, poichè chi dona i suoi beni può farlo con le condizioni che crede; ma vi occorre una dichiarazione esplicita nel testamento, e la nomina di un curatore speciale per la sola amministrazione dei beni trasferiti ai figli. D'altronde il diritto di amministrare, non è essenziale della patria potestà, ma

solo naturale. Non potrebbe dirsi lo stesso della rappresentanza che la legge attribuisce ai soli genitori, poichè questa non può essere disconosciuta da alcuno per le liberalità fatte verso i figli sottoposti alla potestà paterna.

§ 345.° I genitori hanno obbligo di usare nell'amministrazione dei beni dei figli la diligenza di un buon padre di famiglia, e devono rendere conto della tenuta gestione, come qualunque altro amministratore (art. 234). Ma il padre non è tenuto ad alcuna cauzione, reputando la legge abbastanza garentito il figlio dall'affetto paterno, e dal desiderio presunto nei genitori di rendere prosperi e felici i loro figliuoli. Anche i Romani pel rispetto dovuto alla paterna potestà, non obbligavano giammai il padre a dare la cauzione pei beni dei figli. Invece per le leggi napolitane del 1819, dopo sciolto il matrimonio, il padre superstite era considerato tutore, e come tale era obbligato a dare cauzione, e sottoporre i suoi beni alla ipoteca legale.

§ 346.° La nullità degli atti fatti in contravvenzione alle precedenti disposizioni di legge, non può essere opposta che dal padre o dal figlio, e dai suoi eredi od aventi causa (art. 227). Abbiamo già detto che per aventi causa s'intendono i creditori, i cessionari e tutti coloro che hanno un interesse attuale e legittimo a valersi della nullità di tali atti.

§ 347.° Se alla morte del marito la moglie si trova incinta, può nominarsi un curatore al ventre (art. 236). Un tale provvedimento mira ad evitare per quanto sia possibile la supposizione, la sostituzione e la soppressione di parto. La nomina del curatore va fatta su l'istanza di persona interessata, come ad esempio la stessa donna incinta, o gli eredi del marito interessati a raccogliere essi la successione invece del figlio postumo. Le funzioni di curatore finiscono col parto o con la certezza che non possa più aver luogo, per essere trascorso il maggiore periodo di tempo dopo la morte del marito della donna che si crede incinta.

§ 348.° In terzo luogo abbiamo detto che la patria potestà conferisce ai genitori l'usufrutto legale su' beni dei figli (art. 228). Un tale usufrutto dicesi *compensativo*, perchè è conceduto appunto per compensare le gravi cure che il padre impiega per l'amministrazione dei beni dei figli e le spese continue della loro educazione. D' altronde la legge col concedere ai genitori l'usufrutto legale, ha mirato a tenerne alta l'autorità, ad assicurare loro il rispetto dei figli, e ad evitare dannose e disgustose liti fra i primi ed i secondi; perocchè, ove i genitori non godessero dell'usufrutto, si troverebbero soggetti all'obbligo di tenere un conto dei redditi dei beni dei propri figli e delle spese fatte per loro, di presentarlo ad essi emancipati, o fatti maggiori, e vederne discutere i singoli articoli.

§ 349.° L'usufrutto legale è concesso tanto al padre, quanto alla madre, ed a niun altro, e neanco agli ascendenti ai quali la legge deferisce la tutela. Esso si gode però solo da quello dei genitori che

esercita la patria potestà; ed in conseguenza durante il matrimonio si gode solo dal padre (art. 220 e 228). Secondo le leggi romane il padre soltanto, e non la madre godeva l'usufrutto su beni dei figli, e ciò perchè essendo quello una conseguenza della patria potestà, non poteva essere conferito alla madre che ne era priva. L' usufrutto in favore del padre si estendeva sopra ogni specie di beni, e qualora il padre avesse emancipato il figlio, ne riteneva una sola metà in grazia dell' accordata emancipazione. In seguito fattasi la distinzione dei beni e dei diversi peculii, si stabilì che sul peculio avventizio il padre non dovesse godervi l' usufrutto, eccetto se quegli che aveva disposto dei beni in pro dei figli, lo avesse espressamente ordinato.

§ 350.° Qualora la madre esercita la potestà su' figli, sia per la morte del marito, sia per l'assenza presunta o dichiarata, per la interdizione legale o giudiziaria, sia per abuso fatto della stessa, si spetta a lei l' usufrutto; come pure se il padre sia privato dell' usufrutto per cause a lui personali, come ad esempio per aver eccitata o favorita la corruzione dei figli minori (art. 231 e 233). Senonchè il godimento dell' usufrutto da parte della madre, non è irrevocabile che nel solo caso di morte; poichè negli altri presentandosi l'assente, cessando la espiazione della pena o la malattia di spirito, o reintegrato nell'esercizio della patria potestà per condotta mutata dopo l'abuso fatto della stessa, l'usufrutto ritorna a godersi dal padre.

§ 351.° Secondo le leggi napolitane del 1819 si concedeva la totalità dell'usufrutto al padre su' beni del figlio, finchè questi giungeva a diciotto anni o fino alla emancipazione che prima di questa età avesse avuto luogo. Alla madre si accordava la metà, ma il godimento si prolungava fino alla età maggiore del figlio (art. 298). La ragione della differenza fondavasi su le maggiori cure che il padre spende per la educazione dei figli. Il codice italiano, ispirato ad un concetto di maggiore uguaglianza, tra il padre e la madre non riconosce alcuna differenza, ed accorda l' usufrutto legale ad entrambi fino alla età maggiore del figlio o fino alla emancipazione che può avvenire prima di questa età.

Sono soggetti all' usufrutto legale tutti i beni mobili ed immobili che provengono al figlio da successione, donazione o da qualunque altro titolo lucrativo, come i doni della fortuna, un tesoro rinvenuto, i guadagni provenienti dal giuoco o dalle scommesse (art. 228). Secondo l'antico diritto romano il padre aveva l'usufrutto su tutti i beni dei figli. In seguito si distinsero i diversi peculii in castrense, quasi castrense, avventizio e profettizio. Il primo era ogni acquisto che faceva il figlio di famiglia all' occasione della vita militare, e di questo poteva disporre come cosa propria, così per testamento come per atto tra vivi. Il secondo si componeva di ogni acquisto che il figlio faceva con esercitare la professione, sia di medico, di insegnante, ec.: codesto peculio fu da Giustiniano uguagliato al castrense. Il terzo si componeva di ogni proprietà che il figlio riceveva dal padre, od in

considerazione della sua persona, come se un cliente del padre in omaggio a costui offriva una somma al figlio. Il quarto si componeva dei beni che provvenivano al figlio, sia per parte della madre, sia per qualsivoglia altra origine.

§ 352.° Malgrado la regola generale che il genitore in esercizio della patria potestà gode l'usufrutto su' beni dei figli, pure non sono soggetti all'usufrutto legale i seguenti beni:

1° Quelli lasciati o donati con la condizione che il padre non ne abbia l' usufrutto (art. 229 n. 1.) poichè chi dona le sue cose, può apporvi quelle condizioni che crede; ed uno stabilimento contrario avrebbe potuto impedire delle liberalità, che solo a quella condizione s' intendono fare in pro dei figli di una determinata persona. Egli è però chiaro che una tale condizione debb' essere chiaramente espressa nell' atto, e nel caso di dubbio su la intenzione del donante, è d'uopo giudicare per la conservazione dell' usufrutto in pro del genitore che esercita la patria potestà.

Nondimeno la condizione è senza effetto per rispetto ai beni riservati al figlio a titolo di legittima, la quale derivando dalla legge, non può essere limitata da pesi o condizioni di qualunque specie.

2° I beni lasciati o donati al figlio per intraprendere una carriera, un'arte o una professione (art. 229 n. 2); poichè i beni in tal caso hanno uno scopo determinato, e, se il figlio non dovesse godere dell' usufrutto, potrebbe mancare almeno in parte dei mezzi per raggiungere lo scopo utilissimo di assicurarsi il proprio stato.

3° I beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione accettata nell'interesse del figlio contro il consenso del padre (art. 229 n. 3); e ciò in pena del grave pregiudizio che potea derivare al figlio pel fatto del genitore che ricusò di prestare il suo consenso per accettare la liberalità.

4° I beni acquistati dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, uffizi, impieghi, professioni ed arti, od altrimenti col proprio lavoro, o con la propria industria separata da quella del padre (art. 229 n. 4); e ciò per incuorare i giovani al lavoro, ed incitarli ad una giusta economia delle somme da quello ritratte. Se la industria dev'essere separata da quella del padre, non potrebbe dirsi tale, se il figlio presti l' opera sua al padre nell' esercizio della professione od arte di costui e ne riceve un salario: i beni in tali modi riuniti saranno soggetti all'usufrutto legale, considerandosi più una liberalità del padre, anzichè un prodotto dell'opera del figlio.

5° Da ultimo non sono soggetti all' usufrutto legale i beni a cui i figli succedono per ragion propria o per diritto di rappresentazione nel caso che il padre ne sia dichiarato indegno (art. 728 e 766). In tal caso è vietato al genitore indegno anche il diritto di amministrazione per togliergli ogni ingerenza nei beni.

Le eccezioni enunciate sono anche applicabili alla madre che esercita la patria potestà, non essendovi ragione per istabilire un tratta-

mento diverso rispetto alla stessa nella concorrenza di uguali motivi (art. 231).

Ma il padre e la madre sopra quei stessi beni sui quali non hanno il diritto di usufrutto, conservano quello di amministrarli, essendo questo una conseguenza della patria potestà, la quale finchè si conserva, dee originare i diritti derivanti dalla stessa. D'altronde se la legge nega al padre il solo usufrutto, non può in esso comprendersi il diritto di amministrare i beni; poichè quando ciò ha voluto, lo ha espressamente dichiarato (art. 766).

§ 353.° L'usufrutto legale conferisce al genitore che lo gode tutti i diritti dell'usufruttuario ordinario, non essendovi legge speciale che determini cotesti diritti e li limiti; anzi vi è dispensa per taluni obblighi, come la dispensa dalla cauzione che la legge richiede dagli usufruttuari ordinari (art. 497). Ma l'usufrutto legale atteso il suo carattere speciale di un diritto derivante dalla patria potestà, non può essere ipotecato nè espropriato dai creditori personali del genitore usufruttuario (art. 1967); ma questi creditori possono esercitare i loro diritti su' frutti, fino alla parte libera di quello che spetta al genitore, dovendosi prelevare tutto ciò che serve ai pesi, tra' quali le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio, avuto riguardo alla condizione di famiglia ed alla importanza dei beni.

§ 354.° Quanto ai pesi inerenti all'usufrutto, essi sono i seguenti:

1° Le spese di mantenimento, educazione ed istruzione del figlio (art. 230 n. 1). Questo peso va soddisfatto in proporzione dei beni che si usufruiscono dal genitore, e non delle sostanze del padre che offrono mezzi di minore importanza.

2° Il pagamento delle annualità e degl' interessi dei capitali, che decorrono dal giorno in cui comincia il decorrimento dell'usufrutto (art. 230 n. 2). In conseguenza gl'interessi decorsi prima del detto giorno, rimangono a carico della proprietà. Secondo il codice francese l'usufruttuario dee pagare le annualità, e gl' interessi dei capitali scaduti prima del cominciamento dell' usufrutto. Ma questo stabilimento poco conforme ai principii razionali, siccome avvertono gli stessi scrittori francesi, non è stato accettato dal codice italiano (1).

3° Tutti gli altri obblighi ai quali sono soggetti gli usufruttuarii ordinari. Epperò i genitori debbono godere da buoni padri di famiglia, fare l'inventario dei beni mobili e la descrizione degl' immobili, devono eseguire le riparazioni ordinarie, pagare i carichi annuali del fondo, e tutte le annualità sì perpetue come i canoni, le decime exfeudali, le prestazioni di ogni specie, come le rendite vitalizie e temporanee. Codesti pesi essendo reali, il genitore che gode dell'usufrutto vi è obbligato non come debitore personale diretto, ma come possessore del diritto di usufrutto; epperò vi è tenuto fino alla concorrenza del valore dei beni, e può liberarsene abbandonando il suo diritto.

(1) Vedi Demolombe, VI pag. 55; Laurent IV, pag. 331.

§ 355.° Le cause per le quali finisce l' usufrutto sono *generali* e *speciali*. Riservandoci di esaminare le prime al luogo opportuno, diremo per rispetto all' usufrutto legale che cessa per le seguenti cause a sè speciali:

1° Con la emancipazione del figlio, cessando con essa la patria potestà; e siccome la emancipazione è legale o convenzionale, e la prima per rispetto alla figlia può aver luogo a quindici anni col matrimonio dalla stessa contratto, e per rispetto all' uomo a diciotto anni, non prima di questa o quella età può cessare l'usufrutto per tal causa. Se poi si tratta di emancipazione volontaria, potendo questa essere rivocata, si ristabilisce il diritto di usufrutto: solo i frutti già percepiti durante la emancipazione s'intendono irrevocabilmente acquistati dal figlio, non potendo la revoca avere effetto retroattivo.

2° Con la età maggiore del figlio; e ciò per la medesima ragione che con essa cessa la patria potestà. Egli è indifferente che lo stesso genitore che esercitava la patria potestà sia stato nominato tutore del figlio maggiore che è stato interdetto (art. 228, 324 e 330).

3° Col passaggio del genitore usufruttuario a seconde nozze, senza distinguere se sia il padre o la madre (art. 232). Il fondamento legale di codesto decadimento dal benefizio sta nel ragionevole sospetto, che il patrimonio dei figliuoli possa per avventura volgersi a pro della nuova famiglia che si vien creando, epperò questo sospetto non scema di valore, nè di probabilità, nè di pericoli nella ipotesi del padre binubo, poichè i figli orbati della madre loro, non avranno a sperare d'ordinario cure amorose e disinteressate dalla intrusione di una matrigna, ma disgusti e dissapori domestici. Così va tolta la differenza riconosciuta dalle leggi francesi e napolitane del 1819, le quali sancivano la perdita dell' usufrutto solo a carico della madre che passava a seconde nozze.

L'usufrutto estinto con la celebrazione del matrimonio, checchè altri credono in contrario, non rivive con la morte del secondo coniuge; e ciò anche pel carattere di penalità che accompagna questa causa di estinzione dell'usufrutto legale, basata sul disfavore con cui la legge riguarda le seconde nozze, non diversamente di quello che si riteneva per diritto romano.

4° Con l'abuso della patria potestà costituito dalla violazione, o dalla trascuranza dei doveri che essa impone, e dalla cattiva amministrazione delle sostanze del figlio. In tal caso, il tribunale civile su l'istanza di alcuno dei parenti più vicini od anche del pubblico ministero, il quale può agire per via di azione, può privare il genitore dell'usufrutto in tutto od in parte (art. 233).

5° Con la condanna penale contro il padre o la madre rea di aver eccitato i figli minori degli anni ventuno alla corruzione o prostituzione, sieno maschi, sieno femmine (art. 423 cod. pen.). Questa disposizione è tratta dal diritto romano: *Lenones patres et dominos, qui suis filiabus, vel ancillis peccandi necessitatem imponunt; nec iure frui do-*

minii, nec tanti criminis patimur libertate gaudere (1). La perdita di diritti per la causa enunciata, essendo una conseguenza della condanna alla pena criminale della reclusione, si opera *ipso iure*, nè fa d'uopo che sia espressa nella sentenza di condanna. Se incorse in questa il solo padre, l'usufrutto passa alla madre come negli altri casi, e cessa con alcuna delle cause generali o speciali relative alla estinzione dell' usufrutto.

6° Con la sentenza di separazione personale contro il coniuge che ha dato luogo alla separazione; e se questa fu pronunciata per colpa di entrambi, decaderanno insieme nella perdita dell' usufrutto legale (art. 156).

7° Finalmente l' usufrutto legale cessa con la morte del figlio (art. 232); poichè in tal caso cessano le ragioni su cui si fondava; e, dovendosi dividere la eredità tra i genitori superstiti ed i collaterali del figlio minore defunto, ognuno prende la parte dei beni che gli spetterà in piena proprietà.

§ 356.° Qualora sia cessato l' usufrutto per alcuna delle anzidette cause, o per altre cause generali, se il genitore ha continuato a godere i beni del figlio abitante con esso senza procura, ma senza opposizione, od anche con procura, ma senza condizione di render conto dei frutti, egli ed i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti sussistenti al tempo della domanda (art. 234). La legge giustamente considera che i frutti sonosi impiegati nei casi enunciati pei bisogni della famiglia. Se vi è opposizione, nasce un concetto contrario, ed il genitore deve restituire i frutti anche percepiti prima della domanda, dovendosi riguardare come possessore di mala fede. La opposizione per essere comprovata ha d' uopo di un atto formale, non bastando le semplici richieste verbali.

§ 357.° La patria potestà cessa per le cause seguenti:

1° Con la morte dei genitori, non già con quella di un solo di essi come avvenìa giusta le leggi napolitane del 1819, per le quali il coniuge superstite era considerato quale tutore.

2° Con la morte del figlio, poichè quella risolve tutti i vincoli sieno naturali sieno giuridici.

3° Con la maggiore età del figlio, salvi i casi speciali della legge, come il bisogno di richiedersi il consenso dal figlio maschio anche dopo i ventuno anni pel matrimonio, e salvo l'obbligo di doversi onorare e rispettare il genitore, qualunque sia la età ed il grado sociale del figlio.

4° Con la emancipazione del figlio, così legale come consensuale, altrimenti detta tacita od espressa (art. 321); ma rivive nel caso in cui la emancipazione espressa vien rivocata.

5° Con la condanna del genitore alla pena di morte, dell'ergastolo o dei lavori forzati a vita (2); o con la condanna pronunciata contro

(1) L. 6 Cod. XI, 4, de spect. et scen. et len.
(2) Art. 3 disposizioni transitorie per l' attuazione del codice civile.

il genitore per aver prostituito o corrotto il figlio (detto art. 423 cod. pen.).

6° Con l'abuso della patria potestà, cioè con violare i doveri che sono inerenti alla stessa; e ciò quante volte l'autorità giudiziaria lo abbia espressamente dichiarato, come se il padre devasta i beni dei figli, nega loro gli alimenti, o volge i frutti a cose che la morale condanna.

7° Con la interdizione per causa di imbecillità, demenza o qualsiesi altra infermità di mente; ma così in questo, come nel caso enunciato, può passare alla madre, se non si trovi in identica posizione. Senonchè riprende il suo corso quando cessa la causa che l'ha originata.

L'assenza invece è causa di sospensione dell'esercizio della patria potestà, la quale passa alla madre durante l'assenza presunta o dichiarata; ma si riprende dal padre quando ritorna o si hanno notizie di lui.

§ 358.° Le seconde nozze, eccetto la perdita dell'usufrutto legale, non inducono la perdita della patria potestà, e neanco ne sospendono l'esercizio. Solo la madre passando a nuovo matrimonio deve far convocare un consiglio di famiglia a norma della legge (art. 252 e 253). Codesto consiglio dee deliberare se l'amministrazione dei beni debba essere conservata alla madre, ed in caso affermativo può stabilir le condizioni riguardo all'amministrazione ed alla educazione dei figli, associandole nel primo caso altra persona, e nel secondo caso determinando il modo e luogo dell'educazione dei figli.

§ 359.° Qualora la madre manca di convocare il consiglio di famiglia perde di diritto l'amministrazione dei beni dei figli, ed il marito novello è risponsabile in solido dell'amministrazione esercitata per lo passato, cioè prima delle seconde nozze, sia a titolo di pena, sia perchè la legge presume la sua ingerenza in quei beni; come pure il novello marito è risponsabile per il tempo posteriore. In tal caso il pretore su l'istanza del pubblico ministero, o di alcuna delle persone indicate negli articoli 252 e 253, od anche di uffizio, deve convocare il consiglio di famiglia per deliberare su le condizioni da stabilirsi per l'educazione dei figli, e su la nomina di un curatore ai loro beni (art. 238). Il diritto di amministrazione, una volta perduto, non si ricupera, giusta le cose innanzi dette, qualora la madre sia ritornata vedova per la morte del secondo marito. Solo il consiglio di famiglia può riammettere la madre nell'amministrazione dei beni; ma anche in tal caso vi rientra nella qualità di madre rappresentante i figli minori, e quale investita della patria potestà, non più riconoscendosi qualità tutoria in alcuno dei genitori superstiti, siccome era stabilito nel nostro diritto anteriore.

§ 360.° Qualora la madre è mantenuta nell'amministrazione dei beni, ove fu riammessa, suo marito s'intende sempre associato alla medesima nell'amministrazione, e ne diviene risponsabile in solido (art. 237). In ogni modo è comune opinione, che al figlio minore non competa

l'ipoteca legale sopra i beni del secondo marito di sua madre, quasi fosse un contutore. Secondo le nostre leggi del 1819 la decisione contraria era una conseguenza della qualità di contutore associato alla madre tutrice, e non crediamo debba dirsi diversamente per diritto francese. Pel diritto nuovo i beni della madre non sono soggetti alla ipoteca, perchè è investita della patria potestà; ed il secondo marito, come associato alla stessa, non pare che possa sottoporsi ad un tal dovere, dovendosi la sua garentia considerarsi esclusivamente semplice e personale.

TITOLO IX.

DELLA MINORE ETÀ, DELLA TUTELA E DELLA EMANCIPAZIONE.

CAPO I.

Dell'età minore.

§ 361.° La intelligenza dell'uomo non si forma in un tratto, poichè la natura non devia dalla gran legge di continuità che osserva nello spiegare le forze di tutte le cose create. Ella niente fa in un tratto. Il primo manifestarsi è il lento crescere dell' umana ragione nel salire che fa l' individuo la parabola della vita, ed il suo declinare nel discenderla in perfetta unione con le forze corporee. Epperò fino a quando la intelligenza dell' uomo non è sviluppata, è giusto che la legge per tutelare l'uomo nei primi anni della sua esistenza, lo affidi a persona che possa integrarne la personalità giuridica, provvedere alla sua educazione ed alla conservazione del suo patrimonio.

§ 362.° Comunque rigorosamente parlando è cosa impossibile determinare a priori il momento preciso, nel quale la ragione prende nell'uomo quello sviluppo necessario per renderlo capace degli atti della vita civile e risponsabile delle sue azioni in faccia alla legge pure, ad evitare ogni arbitrio da parte dei giudici, la legge fissa una presunzione generale in un periodo designato della vita, nel quale dee supporsi l' uomo capace; ma prima che raggiunga un tale periodo è considerato minore per gli effetti della legge, e va sottoposto all'autorità del tutore nella mancanza di entrambi i genitori.

§ 363.° Il periodo della età minore è stabilito secondo il clima, il grado di sviluppo e d'istruzione di un popolo. I barbari, confondendo lo sviluppo fisico col morale, credevano capaci degli atti della vita civile quelli che erano in grado di portare le armi; quindi i Germani estesero il periodo della età minore a quindici anni, nè fecero altrimenti gli Ostrogoti, poichè fino a quell'età non si era al caso di portare le armi. La stessa regola seguirono i Borgognoni; ma quando le

armi divennero più pesanti, la età minore fu prolungata fino ai diciotto anni.

§ 364.° Secondo le leggi romane la età maggiore si fissò a 25 anni compiuti. Ma gli uomini a 20 anni e le donne a 18 potevano ottenere la dispensa dell'età, *venia aetatis*. Questa faceva riguardare un minore di età come un maggiore, ma non giovava se ad alcuno venia lasciata qualche cosa con la restrizione che dovesse giungere alla età maggiore, o se un minorenne volea vendere i suoi beni stabili (1). Si distingueva inoltre la età pupillare e la minorile: la prima durava fino alla pubertà, fissata da Giustiniano a 14 anni per gli uomini ed a 12 per le donne. I puberi potevano conchiudere atti, ma siccome potevano essere facilmente ingannati, sia per loro inesperienza, sia per l'altrui frode, veniano affidati ad un curatore, e se erano stati danneggiati in qualche negozio, potevano ripetere la restituzione intiera (2). Gli impuberi potevano di per sè, cioè senza l'autorità del tutore, intraprendere soli atti a sè favorevoli, esclusi tutti gli obbligatorii (3). Si riconoscevano gl'infanti fino al settimo anno compiuto, i quali erano incapaci di conchiudere qualsiesi atto (4). Questi si suddividevano in *infantiae et pubertati proximi*, di cui gli ultimi erano risponsabili delle azioni dolose, non così i primi.

§ 365.° Le nostre leggi del 1819, sebbene fissavano per regola la età maggiore a 21 anni compiti, pure la prolungavano ai 25, se il figlio volea alienare i suoi beni immobili non acquistati con la propria industria, prendere danaro a mutuo, ec. richiedendo il consenso del padre prima di quell'età. Siffatto stabilimento fu plaudito da uomini chiarissimi, i quali osservavano che a 21 anni le passioni sono nel più alto grado di effervescenza, ed è cosa molto prudente contenere la gioventù sotto il freno della patria potestà, finchè sia moderata la violenza delle passioni. Altri dissero invece che nel nostro secolo mille cause concorrono a formare più presto la gioventù; che lo spirito di società e d'industria più generalmente diffuso, supplisce alle lezioni della esperienza, e dispone a portare più presto il peso del proprio destino; e quindi si ritornò alla regola dei ventuno anni giusta le leggi francesi. Invece il codice civile austriaco prolunga la età minore fino ai 24 anni. Anche nel tempo della discussione del codice civile voleasi da alcuni determinata a 25 anni, giusta il codice albertino e le nostre leggi napolitane del 1819; ma la loro voce non trovò eco nel Parlamento.

Quanto a noi, non disconveniamo che prolungandosi per taluni atti più importanti, il periodo della età maggiore, può ciò riuscire salutare in molte occasioni; ma il legislatore ha dovuto anche tener conto dello sviluppo precoce della gioventù italiana, e non ha creduto estenderla oltre ai 21 anni, come stabilirono in taluni casi le

(1) L. 4, cod. de his qui veniam aetatis.
(2) L. 3, § 10 Inst. III, 19 de inut. stip.
(3) Inst. l. 23 de curat.
(4) § 10, Instit. III, 19.

leggi anteriori. Sarà nondimeno debito strettissimo della gioventù di mostrarsi meritevole di tanta fiducia della legge, ed assicurare col fatto di doversi reputare infondati i timori elevati al riguardo.

§ 366.° La legge divide la età dell'uomo in due periodi in ragione della sua capacità naturale, la quale è fondamento della sua capacità civile. Codesti periodi si distinguono in età minore ed in età maggiore: la prima incomincia dalla nascita e termina ad anni ventuno; la seconda incomincia da quest'anno e termina fino al cessare della esistenza (art. 240).

§ 367.° Il periodo dell'età minore è più esteso nelle materie civili che nelle penali; poichè per ben esercitare gli atti della vita civile si richiede molta pratica degli uomini e della società, per non essere trascinato in rovinose contrattazioni; e per conoscere la illicitezza delle azioni, basta un periodo minore, poichè le idee del bene e del male si sviluppano nell' animo nostro molto tempo prima che si abbia la conoscenza della società e degli uomini, che è necessaria per bene esercitare gli atti della vita civile; e quando pure mancasse la guida di una ragione sviluppata, supplisce il sentimento, che per mezzo del rimorso ci appalesa la illicitezza delle ree azioni, e che l'uccidere, il derubare ec. sono azioni contrarie alla natura ed alla società.

Per taluni particolari uffici si richiede una speciale età. Giusta la prammatica di Carlo III del 6 ottobre del 1757 la persona del principe ereditario usciva dalla età minore a 16 anni. Secondo lo Statuto vigente il re è maggiore alla età di 18 anni compiti (art. 11 stat. cost.). Per essere conciliatore, pretore o giudice di tribunale si richiede la età di 25 anni; per essere presidente di tribunale o consigliere di Corte di appello anni 30; pel vice pretore si richiede la età di anni ventuno.

CAPO II.

Della tutela dei minori.

§ 368.° La tutela è l'ufficio che la legge o la volontà dell'uomo affida ad una persona idonea, acciocchè assuma il patrocinio di un individuo, il quale per ragione di età o per vizio di mente, non può attendere alla difesa di sè stesso ed amministrare i proprii beni. I Romani definivano la tutela nel modo qui presso: *Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac promissa* (1).

§ 369.° Le leggi che regolano la tutela sono di diritto pubblico. Di qui deriva che non può derogarsi alle medesime con private convenzioni, nè può stabilirsi un modo di amministrazione diverso da

(1) Fr. 1. pr. Diz. XXXI, 1.

quello prescritto dalla legge, nè dispensarsi il tutore dalle formalità all' uopo stabilite. Le quistioni relative alla tutela sono di esclusiva attribuzione del tribunale civile, ed è necessario l' intervento del pubblico ministero in tutte le cause ad essa relativa (art. 346 n. 3 procedura civile).

In Atene la tutela era un uffizio civile. L'Arconte s'interessava dei giovani di età minore, e l'Areopago deputava i prefetti ad invigilare su' costumi della gioventù. In Roma i tutori veniano destinati dalla pubblica autorità, giusta la legge Attilia che dette al pretore la facoltà di assegnare un tutore, il quale fu detto *tutor atilianus*: questa facoltà fu estesa ai Presidi delle provincie dalla legge Giulia e Tizia; e finalmente fu concessa alle altre magistrature.

§ 370.° La tutela è istituita a favore dei figli legittimi o legittimati, dei figli naturali riconosciuti o dichiarati, dei fanciulli ammessi negli ospizi non soggetti alla patria potestà, nè alla tutela legale dei loro genitori, dei figli minori d' ignoti genitori non ricoverati in un ospizio, e degl' interdetti.

§ 371.° La tutela è una di quelle parti della legislazione, di cui la scienza ha sentito tutta la difficoltà, e non ha tralasciato di adoperarsi per raggiungere un risultamento proficuo e positivo. La difficoltà è nell'indole stessa della istituzione, poichè gli uomini sono naturalmente inclinati a trarre dalle loro opere un vantaggio proprio, e quando si vogliono obbligare ad impiegarsi in altrui benefizio senza compenso, è probabile che falliscono. Una parte del problema fu risoluta dal diritto romano con l'affidare la cura della persona e l'amministrazione de' beni del minore ai suoi parenti prossimi, perchè l'affezione di essi lascia sperare che vi sarà zelo e interesse nella cura e nell' amministrazione loro affidata. Le legislazioni moderne aggiunsero una seconda guarentigia, la quale consiste nell'organamento dell'amministrazione della tutela. Applicando le idee allora già prevalenti, che l' eseguire sia di un solo, il deliberare di molti, e che rimpetto all' uffizio esecutivo debba esservene un altro di sorvegliare, si stabilì un tutore, un protutore ed un consiglio di famiglia, con ingerenza diretta dell'autorità giudiziaria. La reciproca vigilanza del tutore, del protutore e delle persone che compongono il consiglio di famiglia, i loro vincoli col minore, il desiderio di mantenersi nella mutua estimazione, fanno ragionevolmente presumere che tanto l'opera individuale, quanto la collettiva debba tornare a vantaggio del minore; aggiunto l'intervento del giudice ne' consigli di famiglia con voto deliberativo, anzi preponderante in caso di parità, si può credere che l' interesse del minore sia efficacemente tutelato (1).

(1) Relazione del ministro.

SEZIONE I.

DEI TUTORI.

§ 372.° Nel diritto romano dicevansi tutori *qui eam vim ac potestatem habent; exque re ipsa nomen ceperunt; itaque appellantur tutores, quasi tuitores atque defensores, sicut aeditui dicuntur, qui aedes tuentur* (1). La voce *tutore* deriva da *tueri* difendere, e *tutores, tuitores, idest defensores*, sono coloro cui è tale ufficio affidato (2).

§ 373.° La tutela si distingue in tre specie, secondo le fonti da cui essa deriva. L'una dicesi *testamentaria*, l'altra *legittima*, la terza *dativa*. La prima è impropriamente detta testamentaria, poichè può conferirsi sia col testamento, sia con un atto notarile da quello dei genitori che rimane superstite (art. 242). La legittima è attribuita dalla legge alle persone della famiglia. La dativa è quella che viene attribuita dal consiglio di famiglia o di tutela. Nel diritto romano la tutela testamentaria teneva sempre il primo grado, spettava al solo padre, ed era conseguenza della patria potestà, alla quale era esclusa la madre. Non si faceva luogo alla legittima se non in mancanza della testamentaria: nel difetto di entrambe si dava luogo alla tutela dativa.

§ 374.° La tutela testamentaria non può essere deferita, se non da quello dei genitori superstiti, che al tempo della sua morte trovasi nell'esercizio effettivo della patria potestà; altrimenti non potrebbe trasferire un diritto in altri, del quale egli stesso è privo: *Nemo plus iuris in alium transferre potest quem ipse habet* (art. 242 e 243). Derivando dalla patria potestà il diritto di nominare un tutore al figlio, è indifferente che il genitore superstite sia maggiore o minore di età, sia pure che si tratti della madre vedova di già passata a seconde nozze, la quale non sia stata mantenuta nell'amministrazione dei beni del figlio. Il genitore che nomina il tutore può far cadere la scelta tanto nella persona di un parente, quanto di un estraneo (art. 242). Il tutore testamentario può essere nominato ai figli legittimi e legittimati, che sono o potevano essere sotto la patria potestà, come i figli postumi. Essa può anche aver luogo per rispetto ai figli naturali, poichè la tutela legale attribuita ai genitori, non differisce dalla patria potestà che nel solo nome. E se l'art. 248 dichiara che cessando la tutela legale nella età minore, si fa luogo alla tutela dativa, non esclude ciò che essendovi il tutore testamentario, non possa darsi luogo alla nomina del tutore dativo.

§ 375.° La nomina del tutore testamentario può esser fatta per testamento o per atto notarile (art. 242); ma questo è sempre rivocabile, e dopo una prima nomina può essere nominato altro tutore invece del primo. La nomina dev'essere fatta puramente e semplicemente, nè può farsi a termine o con condizione, non essendo ciò consentito dal bisogno di assicurare in modo irrevocabile colui che deve curare

oltre gl' interessi pecuniari, la educazione del minore. Epperò ove un termine od una condizione fosse apposta nella nomina del tutore, non sarebbe per questo nulla, ma si riterrebbe il termine o la condizione come non iscritta (art. 849).

§ 376.° In mancanza della tutela testamentaria si fa luogo alla tutela legittima. Questa è deferita all' avo paterno, e in sua mancanza all'avo materno (art. 244). In mancanza degli avi, non sono ammessi altri ascendenti dell'una o dell'altra linea, come il proavo, non essendo conveniente di affidare la tutela ad individui di età molto innoltrata, i quali mancherebbero della necessaria energia per attendere convenientemente all' ufficio di tutore dei loro discendenti. La tutela legittima si opera nel solo caso di morte del genitore superstite, che non lasci tutore testamentario. Al contrario se quegli non abbia potuto nominare il tutore testamentario, perchè privo della patria potestà si dà luogo alla tutela dativa.

Nel diritto romano la tutela legittima era affidata ai più prossimi parenti secondo l'ordine di successione, dovendo aver valore la massima *ubi successionis est emolumentum, ibi tutelae onus esse debet*: epperò nelle leggi antiche era chiamato il più prossimo agnato, essendo l'agnazione fondamento e misura della successione ab intestato: come ancora il diritto della tutela legittima era dato al *parens* ed all'*extraneus manomissum*. Nel diritto posteriore essendo stati chiamati i cognati all' eredità *ab intestato*, furono quindi designati alla tutela i parenti secondo l'ultimo ordine di successione (1).

§ 377.° Qualora il tutore testamentario e legittimo manchi sin dal principio, o venga a mancare in seguito per qualsiesi causa, cioè per incapacità, esclusione, rimozione od assenza o morte, si fa luogo alla tutela dativa (art. 243). Codesta nomina appartiene esclusivamente al consiglio di famiglia o di tutela.

§ 378.° Qualunque sia il numero dei figli non può essere loro nominato nè dal genitore, nè dal consiglio di famiglia o di tutela che un solo tutore (art. 246). Questa regola molto saggia che evita la moltiplicità dei tutori, e dà la necessaria unità alla educazione dei diversi figliuoli ed una stessa rappresentanza, non fu osservata dai Romani, giacchè il padre potea nominare col testamento uno o più tutori ai suoi figli, ed in conseguenza poteva destinare alla madre uno o più contutori (2). Il tutore davasi però dal padre col testamento, o con codicillo confermato col testamento (3).

Secondo le stesse leggi romane il padre era quegli che dava il tutore ai pupilli, nonostante che rimanesse superstite la madre. L'erede testamentario vinceva il legittimo, come il tutore testamentario escludeva la madre. Il diritto di nominarlo discendeva dalla patria potestà, alla quale le donne non partecipavano. Esse non potevano nominare

(1) Nov. 118, cap. 5.
(2) L. 3 princ. de adm. et per tut. L. 14 § 1. Dig. de sol. et liberat. e § 2 de satid. tut.
(3) § 3, Inst. de tutelis.

il tutore ai figli che solo quando li istituivano eredi. Nondimeno il tutore nominato dalla madre per assumere la tutela dovea essere confermato dal magistrato con cognizione di causa.

§ 379.° Qualora nasca conflitto d'interessi tra minori soggetti alla stessa tutela, dev'essere nominato ad essi uno o più curatori speciali, giusta l'esigenza del conflitto medesimo, ed il tutore continuerà a rappresentare le altre parti in causa. Questo conflitto d'interesse può essere intraveduto fin dal principio della lite, e spetta al tribunale decidere le controversie al riguardo, e provvedere per la nomina di uno o più curatori. Codesta nomina deve essere fatta dall'autorità giudiziaria ordinaria, davanti alla quale verte il giudizio, ed in ogni altro caso dal tribunale civile (art. 224 e 226).

SEZIONE II.

DEL PROTUTORE.

§ 380.° Dopo aver trattato delle leggi concernenti la tutela, è d'uopo discorrere di quelle relative al protutore, che è la seconda persona posta a lato del tutore, per agire e rappresentare il minore nei casi in cui l'interesse di costui sia in opposizione con quello del tutore, ovvero la tutela sia divenuta vacante, o sia stata abbandonata (art. 266). Fra le funzioni del protutore il progetto del codice poneva in primo luogo quella di vegliare l'amministrazione del tutore e di promuovere presso il consiglio di famiglia i provvedimenti che stimasse necessari ed utili. Ma codesta vigilanza fu soppressa nel codice, poichè si disse che potea porre il seme di continua diffidenza tra il tutore ed il protutore, e generare un antagonismo dannoso all'andamento della tutela, la quale è missione di fiducia e deve mantenere questo suo nobile carattere (1).

§ 381.° Nel diritto romano se mancava il nome di protutore, non mancavano le sue attribuzioni, poichè quando un affare del pupillo interessava direttamente od indirettamente il tutore, non potendo costui, *quia ipse tutor in rem suam auctor esse non potest*, procedere pel dato affare, davasi al minore un curatore; eccetto se non vi fossero nella tutela più tutori, poichè in tal caso uno di essi assisteva il pupillo (2). Secondo le leggi napolitane del 1819 le funzioni del protutore, che dicevasi *tutor e surrogato*, consistevano nell'agire per gl'interessi del minore, allorchè questi si trovavano in opposizione con quelli del tutore (art. 342); ma esso invigilava altresì gli atti dell'amministrazione del tutore (art. 373 e 395). I paesi governati in Francia dal diritto consuetudinario riconoscevano in ogni tutela il tutore surrogato, il quale sistema passò di poi nel codice civile.

(1) Relazione della commissione del senato fatta dal senatore Vigliani.
(2) Inst. I, 21, § e. o l. 5, princ. § 2 de auct.

§ 382.° La protutela è del pari un ufficio pubblico e gratuito, non diversamente di quello che abbiamo detto della tutela. La protutela, non essendo mai conferita dalla legge, può essere testamentaria e dativa. Ma il protutore dee esistere in ogni tutela, sia dativa, sia legittima, sia testamentaria. Il protutore testamentario può essere nominato da quello dei genitori che rimane superstite, e che può nominare il tutore. Può essere nominato nella medesima forma che il tutore, cioè per testamento o per atto notarile (art. 264). Quando manchi il protutore testamentario, si fa luogo alla nomina del protutore dativo, la quale spetta esclusivamente al consiglio di famiglia o di tutela. Nei casi in cui il consiglio di famiglia è chiamato ad eleggere il tutore ed il protutore, l'elezione del primo dee precedere quella del secondo; ma la nomina di costui deve farsi immediatamente dopo nella stessa adunanza (art. 264).

§ 383.° La nomina del protutore è così necessaria che il tutore non può in difetto assumere l'esercizio della tutela. Ed ove non sia stato nominato il protutore, deve egli promuoverne la nomina senza ritardo, sotto pena della rimozione dall'uffizio di tutore, e del risarcimento di ogni danno. Del pari se il protutore venga a mancare, il tutore dee promuovere la nomina di un secondo (art. 265). Ma il minore, fatto maggiore, non può domandare la nullità degli atti fatti dal tutore, eccetto in quelli dove la legge richiede l'intervento del protutore per la piena validità dell'atto (art. 282 e 284).

§ 384.° Non avendo la legge accordata al protutore la sorveglianza su tutti gli atti di amministrazione, ma solo richiesto il suo intervento in alcuni atti speciali, il protutore dee in primo luogo agire pel minore e rappresentarlo nei casi in cui l'interesse di costui sia in opposizione con quello del tutore (art. 266), come se il tutore dovesse chiedere la riduzione di una donazione fatta al minore, intervenire in una divisione in cui gl'interessi fossero opposti. Al contrario la rappresentanza del minore rimane presso il tutore, quando abbiano interessi identici e comuni nelle stesse divisioni o domande per riduzioni di donazioni, o per attaccare di nullità un testamento od un contratto, ec. Se poi debbonsi dichiarare i diritti del tutore per rispetto al pupillo, in tal caso si dovrà richiedere l'intervento del protutore, come se si trattasse di fare omologare una transazione, vendita o donazione che conferisce al minore diritti uguali al primo od anche comuni.

§ 385.° In secondo luogo il protutore è tenuto di promuovere la nomina di un nuovo tutore, nel caso in cui resta vacante la tutela od abbandonata, e di rappresentare frattanto il minore con la facoltà di fare tutti gli atti conservativi, come l'interrompere una prescrizione, il prendere o rinnovare una iscrizione, il chiedere le riparazioni urgenti, iniziare un giudizio di nunciazione di nuova opera, ed anche gli atti amministrativi che non ammettono dilazione, come il procedere ad affitti che non possono ulteriormente differirsi, pagare un debito

scaduto in vista degli atti di esecuzione già intimati, la vendita di frutti già maturi, ec. (art. 266).

§ 386.° In terzo luogo il protutore dee intervenire in tutti gli atti enunciati dalla legge, come in quelli relativi alla confezione dell' inventario dei beni del minore, o dello stabilimento industriale o di commercio, ed alla reddizione del conto (art. 282, 284 e 306).

§ 387.° Gli atti fatti senza l' assistenza del protutore sono nulli; ma la nullità è relativa, e può proporsi dal minore divenuto maggiore, non che dai suoi eredi creditori, ed anche dal tutore e protutore. Questi in riguardo agli atti, nei quali dee rappresentare il minore, è soggetto alla stessa risponsabilità del tutore; ma i suoi beni non sono soggetti all' ipoteca legale, non amministrando i beni del minore che in via provvisoria e nei soli casi di urgenza.

§ 388.° La protutela cessa per le stesse cause per le quali cessa la tutela, ed anche con la nomina di un nuovo tutore; avvegnachè l'antico tutore potrebbe non essere compatibile col tutore novello, per effetto delle sue relazioni con lo stesso; eccetto se il consiglio di famiglia credesse di rieleggerlo; poichè nel caso contrario dee procedersi alla nomina di un nuovo protutore nei modi di legge (art. 267).

SEZIONE III.

DEL CONSIGLIO DI FAMIGLIA.

§ 389.° Il consiglio di famiglia è il terzo ed ultimo componente della tutela. Esso costituisce una magistratura domestica e permanente, intesa a promuovere e sorvegliare la tutela dei minori; ma come corpo meramente consultivo, manca di ogni potere di fare eseguire le sue deliberazioni, le quali si eseguono dal tutore, ed in certi casi dopo essere state approvate, cioè omologate dal tribunale. Non si è affidata la nomina del tutore estraneo al solo magistrato, come si praticava per diritto romano, essendosi creduto che i giudici non sono al caso di ben conoscere le qualità morali delle persone, cui la tutela dee essere affidata. Non si è affidata a persone pubbliche, come prima si diè al pretore assistito da sei tribuni della plebe, essendosi giustamente considerato, che i doveri della carica loro vietavano di occuparsene.

§ 390.° Si fa luogo alla costituzione del consiglio di famiglia nei seguenti casi: 1° Quando si apre la tutela; 2° Se si avvera la emancipazione del minore soggetto alla patria potestà (art. 319 e 321); 3° Quando si pronuncia la interdizione o la inabilitazione (art. 329 e 339); 4° Quando la madre dei figli minori voglia passare a seconde nozze (art. 237).

§ 391.° Il consiglio di famiglia è costituito dal pretore del mandamento dove si trova la sede principale degli affari del minore, cioè il luogo dell' ultimo domicilio del superstite dei genitori. All' uopo è imposto a determinate persone l'obbligo d'informare il pretore del fatto

che dà luogo all' apertura della tutela. Codesto obbligo è ingiunto in primo luogo all'uffiziale dello stato civile, il quale riceve la dichiarazione di morte di una persona che abbia lasciato figli in minore età, o davanti il quale una vedova abbia contratto matrimonio. In secondo luogo il tutore nominato dal genitore a tutore legittimo, e quei parenti che per legge sono membri del consiglio di famiglia, devono denunciare al pretore, sotto pena dei danni in solido, il fatto che dà luogo all'apertura della tutela (art. 250). Finalmente il consiglio di famiglia può essere convocato di uffizio dal pretore, e può essere la convocazione ordinata altresì dal procuratore del re (art. 257). Essendo di diritto pubblico la nomina del tutore, la legge chiama molte persone, e le stesse autorità preenunciate per la convocazione del consiglio di famiglia, dovendosi provvedere a che i minori non restino senza tutore: *Si minores non habent eos qui ex legibus sunt defensores, si quidem tutoribus indigent, propter aetatem, possunt petere eis tutores constitui, cognati et qui secundum affinitatem sunt familiares parentum masculorum et foeminarum possunt et amici parentum et educatores ipsorum puerorum hoc petere* (1).

§ 392.° Il consiglio di famiglia è costituito ed ha sede presso il pretore che lo costituisce, poichè dopo l' apertura della tutela il domicilio del minore è presso il tutore, può provocarsi il decreto del tribunale civile all' effetto di trasferire la sede del consiglio di famiglia al luogo del domicilio del tutore (art. 249). Dicasi lo stesso se un secondo tutore che ha un domicilio diverso venga surrogato al primo. Il pretore, assunto allora le opportune informazioni, dee convocare il consiglio di famiglia nel più breve termine per dare i provvedimenti che occorrono nell' interesse del minore (art. 250).

§ 393.° Il consiglio di famiglia si compone del tutore che lo costituisce e di quattro consulenti. Sono consulenti di diritto, quando non fanno parte del consiglio di famiglia in altra qualità, cioè come pretore, tutore, protutore e curatore:

1° Gli ascendenti maschi del minore senza distinzione di linea paterna o materna, e quindi resta esclusa la madre del minore emancipato e dell' interdetto dal consiglio di famiglia, eccetto i casi in cui sia curatrice o tutrice (2).

2° I fratelli germani del minore, tra'quali non sono compresi, come si è creduto da taluni, i consanguinei, cioè quelli che hanno comune il solo genitore (3).

3° Gli zii, tra' quali a parere di molti si comprendono anche i prozii. Se noi ci allontanammo da tale idea per rispetto ai divieti del matrimonio, i quali non patiscono interpetrazione estensiva, non abbiamo difficoltà di comprenderli nel caso attuale (art. 252).

§ 394.° Nel primo e terzo ordine sono preferiti i più prossimi;

(1) L. 2, Dig. qui pet. tut. et curat. et ubi pet.
(2) Arresto della Corte di Cassazione di Firenze del 16 febbraio 1869.
(3) V. §§ 3, in fine. Inst. III, 2. De legit. agnat. success.

epperò gli avi escludono i bisavoli, e gli zii escludono i prozii; ed i prossimi di un ordine rimangono esclusi dai più prossimi di un altro ordine, e quindi i bisavoli più prossimi ascendenti, sono esclusi dai germani, ed i bisavoli anche dagli zii, di tal che il consiglio può risultare composto dai due avi paterno e materno, e da due fratelli germani: in mancanza di costoro da detti avoli, e dagli zii o bisavoli. In parità di gradi sono preferiti in ciascun ordine i più anziani, e quindi se con due avoli concorressero tre fratelli germani, si presceglieranno fra questi ultimi i due più anziani, cioè di maggiore età. Nel caso poi di parità di grado i più anziani di un ordine escludono i meno anziani dell' altro ordine; ed in conseguenza i bisavoli e gli zii si escluderanno a vicenda, secondo che gli uni sieno più anziani degli altri. Per effetto di codesta doppia regola di prossimità di parentela e di anzianità, resta determinata la nomina dei quattro consulenti fra molti eleggibili (art. 252). Il numero di quattro è invariabile, e solo può essere aumentato con l'intervento del tutore, protutore o curatore del minore emancipato, e con l'intervento del minore che abbia raggiunto gli anni sedici, il quale ha voto solo deliberativo nello scopo lodevolissimo di accostumarlo a provvedere di buon ora ai suoi interessi.

§ 395.° In mancanza del numero dei componenti sopra enunciati, o se il numero fosse insufficiente alla convocazione del consiglio di famiglia, il pretore dee nominare allo stesso uffizio altre persone, scegliendole, per quanto sia possibile e conveniente, tra i prossimi parenti ed affini; ed in caso di loro mancanza, il pretore dovrà provvedere a norma dell'articolo 261, e scegliere a componenti quattro persone fra quelle che abbiano avuto relazioni abituali di amicizia col padre o con la madre del minore (art. 253). E se anche queste mancassero, dovrà scegliere a consulenti due consiglieri comunali, ovvero altre due persone che sieno capaci di essere membri del consiglio di famiglia, cioè quelli che possono essere tutori (art. 253, 268, 269).

§ 396.° Il pretore può, per ragione delle distanze o per altri gravi motivi che la legge abbandona alla sua prudenza, dispensare dall'uffizio di consulente le persone che ne facciano domanda, surrogandone altre, secondo le norme sopra stabilite; e con le stesse norme deve surrogare quei consulenti che nel corso della tutela cessano dall' uffizio per qualsiesi causa (art. 254 e 255).

§ 397.° Il consiglio di famiglia è presieduto dal pretore del mandamento in cui ha sede, o da colui che ne fa le veci. L' ufficio di membro del consiglio di famiglia è gratuito tanto da parte del pretore o vicepretore che lo presiede, essendo stato all'uopo abolito il diritto alla relativa vacazione, quanto per tutti coloro che v'intervengono, sieno o no parenti del minore (art. 263).

§ 398.° Nel corso della tutela si spetta di convocare il consiglio di famiglia al pretore del mandamento in cui ha sede. Egli può convocarlo sia su l'istanza del tutore, del protutore, del curatore o di due

consulenti, o di qualunque persona che abbia un interesse legittimo, sia pecuniario, sia morale, cioè per provvedere all'educazione del minore trascurata o negletta dal tutore. Può essere convocato anche di uffizio dal pretore, quando ne conosca il bisogno, e può anche essere ordinata dal procuratore del re, al quale possono far ricorso tutti coloro che, senza alcun risultamento, ne abbiano avvanzata domanda al pretore (art. 257). Il consiglio di famiglia può essere anche legalmente convocato su l'istanza del minore, essendo egli il più interessato per tale convocazione (1). Le cose dette di sopra sono anche applicabili alla tutela già aperta al giorno dell'attuazione del codice civile, essendo anche per questa costituito il consiglio di famiglia permanente, giusta le disposizioni del codice stesso (art. 14 e 16 leg. trans.).

§ 399.° Il consiglio di famiglia si riunisce presso il pretore quand' anche sia convocato dal procuratore del re, essendo data a costui la sola iniziativa (art. 249). E sebbene non sia decoroso pel magistrato di convocare il consiglio di famiglia presso veruno dei consulenti; pure nel caso di provata infermità di alcuno di loro, nulla impedisce che il pretore disponga la convocazione del consiglio nella casa del consulente infermo, ove non creda supplirlo col chiamare altra persona in sua vece.

§ 400.° Le persone, chiamate nei consigli di famiglia, sono tenute ad intervenire personalmente, dopo essere state legalmente citate sia per *epistolam*, sia per *nuntium*, nè possono farsi rappresentare da mandatari speciali, trattandosi di un disimpegno puramente personale, che esige la presenza di ciascun consulente. Essi non possono neanco farsi rappresentare da mandatari, allorchè sono domiciliati fuori del mandamento ove ha sede la tutela. Nel caso che alcuno dei consulenti non intervenga e non giustifichi la sua assenza, è punito con un' ammenda estendibile a lire cinquanta. Verificandosi poi il caso che un membro del consiglio si renda abitualmente assente, il pretore deve surrogarvi un' altra persona, ed ove non sia provata una giusta e permanente causa di assenza, ne riferirà al procuratore del re, il quale promuoverà contro di esso in giudizio civile l'applicazione di una multa estendibile a lire cinquecento (art. 255).

§ 401.° Nel processo verbale della prima adunanza del consiglio di famiglia si enuncieranno i fatti da cui ciascuno dei suoi membri ripete la propria qualità, e si dichiarerà se sia regolarmente costituito (art. 256).

Per la validità delle deliberazioni del consiglio di famiglia si richiede la convocazione di tutti i membri di esso, e la presenza *almeno di tre consulenti* oltre il pretore (art. 258). Non è però necessario che tutti prendano parte alla deliberazione, ma basta la sola loro presenza. Ogni deliberazione dev' essere presa a maggioranza assoluta ; e nel caso in cui il numero dei votanti sia di tre consulenti e del pretore, prevale l'opinione espressa da uno dei consulenti e dal pre-

(1) Sentenza della Corte di Appello di Napoli del 2 ottobre 1867.

tore, per la preponderanza del voto di costui, basata su la presunzione di maggiore imparzialità come persona estranea alla famiglia, e non avente altro interesse che il benessere morale e materiale del minore (art. 258). Se la deliberazione non è presa all'unanimità, dee farsi menzione nel processo verbale dell'opinione di ciascun membro del consiglio di famiglia; affinchè impugnata la stessa, possa il tribunale decidere con piena cognizione di causa (art. 260). I membri del consiglio di famiglia devono astenersi, allorchè abbiano un interesse personale nell' oggetto della deliberazione, come ad esempio i fratelli germani del minore per l'autorizzazione del giudizio di divisione della successione dei comuni genitori (art. 259). Se vien leso l'interesse del minore una tale deliberazione è nulla; ma nel caso contrario spetta al tribunale di emettere gli analoghi provvedimenti. Il tutore non ha poi voto quando si tratta della nomina, dispensa o rimozione del protutore, potendo egli essere interessato a vedere allontanato dalla tutela colui che può scovrire le illegalità del tutore nell'esercizio della stessa. Da ultimo il protutore non ha voto quando si tratta della dispensa o rimozione del tutore, o della nomina di un nuovo tutore (art. 259).

§ 402.° Il consiglio di famiglia ha molteplici attribuzioni, tra le quali si enumerano le seguenti: Esso nomina, esclude, rimuove e dispensa il tutore, il protutore ed il curatore. È chiamato ad autorizzare, consentire e compiere determinati atti, come sono quelli che eccedono la ordinaria attribuzione; consente al matrimonio del minore, alla sua emancipazione o revocazione della stessa; dispensa il tutore dal prestare cauzione; dà il parere intorno alla interdizione che si vuole pronunciare contro il maggiore, creduto non sano di mente, il minore emancipato, ed il minore nell'ultimo anno della sua età minore; regola le doti e le convenzioni matrimoniali dei figli dell'interdetto; veglia per riconoscere se continui la causa dell'interdizione, e ne delibera la cessazione, se ne è il caso; nomina il curatore all'inabilitato, ec.

§ 403.° Le deliberazioni del consiglio di famiglia possono essere impugnate per vizio di sostanza o di forma.

Nel primo caso, quando la deliberazione non è presa all' unanimità, può essere impugnata, purchè non sia soggetta all' omologazione del tribunale civile (art. 260 e 815 cod. proc. civ.). L'azione può essere promossa dal tutore, dal protutore, dal curatore, ed anche dai membri intervenuti nell'adunanza che furono di avviso contrario a quello della maggioranza (art. 260). Non potrebbe essere intentata dal pretore, il quale interviene come magistrato, nè contro il medesimo, ove egli avesse fatto parte della maggioranza. Può essere promossa anche da quelli che votarono a favore della deliberazione, o che dopo votatovi contro vi si acquietarono, non valendo punto la regola che niuno può insorgere contro il fatto proprio, trattandosi nella specie dell'interesse del minore, e non già del membro del consiglio di famiglia che ha votato a favore della deliberazione (art. 225 e 235). Finalmente la deliberazione può essere impugnata dal pubblico ministe-

ro, sopra rapporto del pretore, od anche di ufficio prima che sia eseguita (art. 815 cod. proc. pen.).

§ 404.° L'azione dev' essere promossa avanti il tribunale nella giurisdizione del quale ha sede il consiglio di famiglia, in contraddizione dei membri che furono di avviso favorevole alla deliberazione; la domanda dev'essere loro notificata con citazione in via sommaria; e si può incaricare alcuno dei componenti il consiglio di famiglia per sostenere il giudizio, così in prima istanza, come in appello (art. 815 proc. civ.).

Quanto ai difetti di forma, è d'uopo distinguere se si tratti di forma sostanziale o no. Nel primo caso gli atti del consiglio di famiglia sono nulli assolutamente, come se il pretore non presedè il consiglio, o non prese parte alla deliberazione, o questa non fu sottoscritta da tutti i componenti, o se fu presa da un numero inferiore ai tre oltre il pretore, e casi simili. Al contrario gli atti dell'assemblea familiare sono colpiti di nullità relativa, ove si tratti di vizio d' incompetenza o d' irregolare sua costituzione, e simili. In questi casi l' azione dev'essere proposta entro sei mesi dal giorno della prima convocazione, e trascorso un tal termine la nullità degli atti resta sanata (art. 256). Ma tali atti neanco fra sei mesi possono annullarsi a pregiudizio dei terzi che sieno stati di buona fede.

§ 405.° Il consiglio di tutela viene costituito nell'interesse dei figli minori nati fuori matrimonio; eccetto se essi ritrovansi sotto la tutela legale esercitata dal genitore (art. 184). Se la filiazione è legalmente riconosciuta o dichiarata dal magistrato nei casi permessi dalla legge, il consiglio si compone del pretore, di due consiglieri comunali, e di due altre persone scelte dal pretore stesso, poichè i figli naturali *nec genus*, *nec gentem habent*, cioè non hanno famiglia per potersi convocare il consiglio delle persone che lo compongono. Sono poi comuni al consiglio di tutela le disposizioni riguardanti il consiglio di famiglia, per quanto sieno applicabili (art. 261).

§ 406.° Rispetto ai fanciulli ammessi negli ospizi, a qualunque titolo e sotto qualsivoglia denominazione che non abbiano parenti conosciuti e capaci dell' uffizio di tutore, vengono confidati all' amministrazione dell'ospizio in cui si trovano, la quale forma per essi il consiglio di tutela senza intervento del pretore, e può, ove le circostanze lo esigono, eleggere uno degli amministratori per esercitare le funzioni di tutore (art. 262). Questa disposizione che onora la umanità del legislatore corrisponde al decreto napolitano del 7 aprile 1828. Essa per parità di ragioni, deve applicarsi pei fanciulli usciti dall'ospizio, non potendosi riconoscere alcuna qualità in coloro presso i quali si ritrovano, eccetto il caso che non li abbiano presi in adozione.

SEZIONE IV.

DELLA INCAPACITÀ, ESCLUSIONE E RIMOZIONE DAGLI UFFIZI TUTELARI.

§ 407.° Dopo avere esaminate le regole concernenti i tutori, i curatori ed il consiglio di famiglia o di tutela, è d'uopo vedere quali persone sono capaci di essere nominate ai relativi uffizi della tutela, e quali ne sono incapaci.

In regola generale sono capaci di essere tutori, protutori e componenti il consiglio di famiglia tutti coloro che la legge non dichiara incapaci.

La legge riconosce tre cause per le quali si è impedito di esercitare alcun uffizio nella tutela, cioè la incapacità, l'esclusione e la rimozione. La prima non suppone un motivo disonorevole da parte dell'incapace, come invece lo suppongono le due ultime. Inoltre la esclusione si applica ai tutori legittimi e testamentarii non entrati in funzione; mentre la rimozione può colpire tutte e tre le classi di tutori.

§ 408.° Incominciando dalle persone incapaci di assumere gli uffizi tutelari, diciamo che non possono essere tutori, protutori, nè far parte del consiglio di famiglia, e devono cessare da questi uffizi qualora li avessero assunti in primo luogo le donne, maritate, vedove o nubili, non essendo compatibili gli uffizi tutelari coi doveri della loro famiglia, e mancando spesso dell'attitudine a regolare l'amministrazione dei beni: *Foeminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a principe filiarum tutelam specialiter postulant* (1). Si eccettuano le ascendenti di qualunque grado, e le sorelle germane del minore (art. 268); e ciò atteso la speciale affezione che nutrono verso i loro discendenti e germani, e la intimità della parentela. Sotto il nome di ascendenti vanno contemplate le avole per rapporto alla tutela dei loro nipoti, conservando verso costoro lo stesso carattere di madri. Egli è però necessario che tanto le une, quanto le altre sieno nubili o vedove, e non maritate, sia per ragione della minorata capacità giuridica in tal caso, sia perchè lo adempimento dei doveri di moglie e di madre non potrebbe ciò consentire (art. 268 n. 1).

§ 409.° In secondo luogo sono incapaci degli uffizi tutelari quelli che non hanno la libera amministrazione dei loro beni, come i minori sieno ó no emancipati, gl' interdetti legali o giudiziari, essendo assurdo che coloro i quali non sono capaci di esercitare i diritti civili, o non avendo di questi il pieno esercizio, possano esser capaci di esercitare quelli degli altri: *Cum erat incivile eos qui alieno auxilio in rebus suis administrandis egere noscuntur, et ab aliis reguntur, aliorum tutelam, vel curam subire* (2). Gl'inabilitati non avendo la libera am-

(1) L. ult. Dig. de tut. tot. til.
(2) Iust. de escus. tut.

ministrazione del loro patrimonio, sono del pari inclusi nel divieto della legge.

§ 410.° In terzo luogo sono incapaci tutti quelli che abbiano o siano per avere, o dai quali il padre, la madre, i discendenti di qualunque grado, o il coniuge abbiano o sieno per avere col minore una lite, in cui si trovi messo in pericolo lo stato del minore, come se al medesimo si nega la qualità di figlio legittimo, od una parte notabile delle sue sostanze, ad esempio con l'attacco di nullità di un testamento che gli accordi la parte disponibile dei beni del testatore (art.273 n. 3). Ciò è giustissimo, per essere sommamente pericoloso di porre un tutore nella crudele alternativa dei suoi doveri e dei suoi interessi, essendo facile che il sentimento dell'interesse la vinca su quello del proprio dovere: *Amplius autem absolvitur a tutela eum quaestionem quis pupillo de statu movet: eum videtur hoc non calumnia facere sed bona fide* (1). *Propter litem quam quis cum pupillo habet, excusare se a tutela non potest, nisi forte de omnibus bonis, aut plurima parte eorum controversia sit* (2). Ma se la lite sia sorta o minacci di sorgere fra il minore ed un'altra persona, di cui il tutore sia erede presuntivo, non vi ha incapacità, non potendo in tal caso la legge ricevere una interpetrazione estensiva. La lite deve mettere in pericolo una parte notabile delle sostanze, o lo stesso stato del minore, poichè non è presumibile che alcuno manchi ai propri doveri per cose di lieve momento. Se poi la lite metta realmente in pericolo lo stato del minore od una parte notabile delle sue sostanze, è quistione di fatto, la quale va abbandonata al criterio del magistrato di merito.

§ 411.° Sono esclusi dagli uffizi tutelari, e debbono essere rimossi quando li avessero assunti:

1° I condannati ad una pena criminale, cioè alla pena di morte, dei lavori forzati a vita od a tempo, alla reclusione, relegazione ed interdizione dai pubblici uffizi, essendo evidente la indegnità in cui s'incorre per effetto delle condanne a pene sì gravi.

2° I condannati alla pena del carcere per furto, frode, falso, o per reato contro i buoni costumi, non potendo affidarsi l'amministrazione dei beni a coloro i quali si rendono colpevoli di reati che suppongono il desiderio di profittare delle altrui sostanze, e la educazione a persone già sperimentate disoneste ed immorali. Il condannato a pena correzionale per reato indicato nel numero 2 dell'articolo 269 non può essere tutore finchè non abbia scontata la pena, essendo impedito di fatto in tal caso di assumere l'esercizio della tutela. Qualora avesse già accettata la tutela, e la pena fosse maggiore di un anno di carcere, la perde, nè può esservi riammesso, finchè dura la pena: se questa è minore di un anno il consiglio di famiglia lo può rimuovere (art. 270).

(1) L. 2, § 18 Dig. de escus.
(2) L. 21 Dig. eod. tit.

3° Le persone di notoria cattiva condotta, e quelle notoriamente incapaci di amministrare, o di provata infedeltà o trascuratezza, o colpevoli di abuso d'autorità nell'esercizio della tutela: *Suspectum tutorem eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit; enimvero tutor, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus est non quasi scriptus* (1). *Nunc videamus ex quibus causis suspecti removentur? Et sciendum est, aut ob dolum in tutela admissum suspectum licere postulare, si forte grassatus in tutela est, aut sordide egit, vel perniciose pupillo, vel aliquid intercessit ex rebus pupillaribus iam tutor*, ec. (2). La cattiva condotta, è costituita dai costumi sregolati, come gli ubbriachi i vagabondi, gli oziosi, ec. ec.; e dicesi notoria, allorchè è conosciuta dal pubblico. Del resto il consiglio di famiglia non può entrare nei fatti intimi della vita privata per accertarsi dei fatti del tutore, altrimenti la condotta cattiva cesserebbe di essere notoria, e potrebbe ferirsi la individualità del tutore. Se poi questi negasse i fatti dovrebbe ordinarsi una pruova testimoniale per chiarirli.

4° I falliti non riabilitati (art. 269), poichè colui che non è stato capace di amministrare e tutelare il proprio patrimonio, malamente gli si affiderebbe quello degli altri.

Oltre le cause di rimozione già indicate di sopra, sono anche soggetti a rimozione il tutore che omette di fare l'inventario, o non vi dichiari il suo debito, o non promuove la nomina del protutore, o non prenda la iscrizione legale su' propri beni conformemente alla legge (art. 288, 286, 265, 1983).

§ 412.° Le domande di esclusione e rimozione dagli uffizi tutelari devono essere proposte dinanzi al consiglio di famiglia (art. 270). Quando si tratta di escludere o rimuovere il tutore o il protutore il consiglio di famiglia non può deliberare se non sentiti, o debitamente citati i medesimi (art. 271), essendo, sacra la difesa, ed un giudizio che arreca tanta disistima a coloro che ne sono l'oggetto, non potrebbe legalmente farsi senza udirli nelle loro deduzioni.

Tanto al tutore quanto al protutore compete il diritto di richiamo davanti il tribunale civile contro la deliberazione del consiglio di famiglia, eccetto il caso che il tutore o protutore vi abbia aderito espressamente o tacitamente. Siffatto richiamo può anche farsi dal pubblico ministero, acciò la tutela non sia affidata o lasciata a persone indegne.

§ 413.° Il giudizio è sommario di sua indole, e non mancano scrittori autorevoli, i quali credono che la domanda di rimozione dagli uffizi tutelari debba sospendere le funzioni del tutore e del protutore per maggiore guarentigia degl' interessi del minore, siccome era stabilito per diritto romano (3). Noi crediamo che, in mancanza di un testo di legge al riguardo, ciò non possa ritenersi in modo assoluto e per tutti

(1) L. 17 § 1 e 2. Dig. de testam. tut.
(2) L. 3, § 5, cod. tit.
(3) Inst. de susp. tut. e l. 14 § 1, in fin Dig. de solut.

i casi; altrimenti basterebbe una domanda di qualunque interessato per far sospendere le funzioni del tutore. Ma ciò non toglie che il tribunale in vista della specialità e gravità del caso, possa interinalmente ordinare la sospensione delle funzioni del tutore o del protutore.

SEZIONE V.

DELLE CAUSE DI DISPENSA DAGLI UFFIZI DI TUTORE E PROTUTORE.

§ 414.° Comunque la tutela sia considerata un uffizio quasi pubblico, il quale dee essere accettato da tutti i cittadini che la legge non dichiara incapaci, pure si è stabilito che avendo alcuno delle scuse legittime possa farle valere per essere dispensato dal disimpegno della funzione.

Dicesi scusa ogni ragionevole motivo, già determinato dalla legge, che si deduce per essere dispensato dall'ufficio tutelare. Fra le cagioni che dispensano dalla tutela ve ne sono alcune poggiate su di un interesse particolare; le prime cioè che dispensano alcune persone dall'assumere la tutela o la protutela, ma non dal continuarla; le seconde che dispensano o dall'assumerla o dal continuarla; quelle sono fondate sopra un privilegio concesso per ragione o della posizione sociale delle persone, o delle pubbliche funzioni, le quali non permettono altrimenti attendere ai doveri della tutela; queste sono fondate su la impossibilità più o meno grave da parte del tutore di attendere sia per ragione di sesso, di età, d'infermità, di numero di prole al disimpegno dell'uffizio tutelare.

§ 415.° Sono in virtù delle prime cause dispensati dagli uffizi tutelari: 1° I principi della famiglia reale, salvo che si tratti di altri principi della stessa famiglia; 2° I presidenti delle camere legislative; 3° I ministri segretarii di Stato; 4° I presidenti del consiglio di Stato, della corte dei conti, delle corti giudiziarie, e i capi del pubblico ministero presso le corti medesime; 5° I segretari e direttori generali delle amministrazioni centrali del regno, ed i capi delle amministrazioni provinciali (art. 272). Le leggi napolitane del 1819 accordavano la stessa dispensa ai componenti dei tribunali civili; ma la novella legge avendola concessa ai soli capi delle corti giudiziarie, non solo non l'accorda a costoro, ma non vi comprende i consiglieri della corte stessa. I presidenti delle corti d'assise e della sezione di accusa, avendo una missione temporanea, non possono comprendersi tra capi della corte di appello.

§ 416.° Le persone di sopra enunciate possono domandare di essere dispensate dall'assumere l'uffizio di tutore o di protutore, quando in essi esista la causa di dispensa nel momento dell'apertura della tutela. Se poi potendo far valere le cause, hanno accettato l'ufficio di tutore o di protutore, non possono dopo domandare di esserne esone-

rati, reputandosi che hanno rinunciato alla dispensa che la legge riconosce a loro favore. Il diritto romano era in ciò conforme, ad eccezione però dei militari e dei vescovi, e quindi non potevano anche volendolo essere tutori (1). Se la tutela fu da altri accettata, non può essere conceduta dopo ad alcuna delle dette persone, laddove avesse in seguito rinunciato alla funzione, non essendo giusto un frequente cangiamento di tutore; salvo se si fosse al caso di doversi devenire alla nomina di un altro tutore, per essere rimasta vacante la tutela per qualsivoglia causa.

§ 417.° Le persone dispensate dagli uffizi tutelari in forza delle cause della seconda specie sono le seguenti:

1° Le donne che possono essere tutrici, cioè le ascendenti e le sorelle germane del minore, poichè le altre sono incapaci, giusta le cose dette dinanzi.

2° Coloro che abbiano la età di sessantacinque anni compiti. Anche per diritto romano erano scusati dalla tutela coloro che avevano compiuto il settantesimo anno: *Item maior septuaginta annis a tutela vel cura excusare se potest* (2). Questa scusa è nell'interesse del pupillo e del tutore. Di costui poichè non è giusto gravare un vecchio del peso della tutela e della cura non indifferente dell'amministrazione dei beni. Del primo, perchè non è cosa prudente affidare gl'interessi del minore ad un uomo già indebolito dagli anni. Secondo le leggi del 1819 si richiedevano sessantacinque anni per non fare accettare una tutela, e settanta per esserne liberato dopo averla accettata. La nuova legge richiedendo la sola età di 65 anni, e presumendo la inattitudine del tutore in tale età, crediamo che se lo stesso abbia accettata la tutela, possa sempre farvisi dispensare sia che avesse compiuto i sessantacinque anni prima di entrare nella tutela, sia che li abbia in seguito compiuti.

3° Quelli che sono affetti da grave e permanente infermità. Questa causa non era meno riconosciuta dal diritto romano: *Luminibus captus aut surdus, aut furiosus, aut perpetua valetudine tentus tutelae, seu curae excusationem habet* (3). *Post susceptam tutelam caecus, aut surdus, aut mutus, aut furiosus, aut valetudinarius deponere tutelam potest* (4). La legge non enumera i casi delle varie malattie, e non lo poteva, essendo queste moltissime e svariate; e quindi se ne riporta alla prudenza dei tribunali. Senonchè è facile desumere dalla parola e dallo spirito della legge, che la malattia debba essere grave e permanente, nè si può reputar tale qualsiesi morbo di natura passaggiera.

4° Il padre di cinque figli viventi. I figli morti in attività di servizio nell'esercito nazionale di terra o di mare saranno computati per

(1) L. 4, cod. qui dar. tut. vel iur. poss. e l. 8 Dig. de escus. tut.
(2) Ist. lib. I. XXV. XIII.
(3) L. un. Cod. qui morbo.
(4) L. 40 Dig. de excusat.

far luogo alla dispensa. Chi ha cinque figli dovendo rivolgere tutte le cure a pro della sua già numerosa famiglia, non può attendere alle persone dei suoi congiunti e molto meno in pro degli estranei. Questa causa di scusa era del pari ammessa dalle leggi romane: *Remittit a tutela vel cura liberorum multitudo* (1). Dovevano però essere legittimi e non trovarsi sotto la potestà altrui: *Legitimos liberos esse oportet omnes et non sint in potestate* (2). La legge parlando di figli in genere, e non di figli legittimi secondo quella napolitana del 1819 devono comprendersi anche gli adottivi. La seconda parte della disposizione è del pari tratta dal diritto romano, il quale reputava eternamente vivi per la gloria che circonda coloro che muoiono per la patria (3). La morte dee essere avvenuta nel servizio, cioè negli ospedali o nei combattimenti, qualunque ne sia stata la cagione, epperò non sarebbe efficace se avvenisse durante l'aspettativa, la disponibilità od il congedo, tuttochè temporaneo.

5° Chi sia già incaricato di una tutela. Secondo i Romani il numero di tre tutele dispensava dalla quarta (4). Per le leggi napolitane del 1819 il peso di due tutele dispensava dalla terza. Oggi il peso di una tutela dispensa da una seconda; ma questa non può confondersi con l'amministrazione dei beni che la legge accorda oggidì a quello dei genitori, che esercita la patria potestà. Del pari la protutela non equivale a tutela, non avendo il protutore gli stessi gravi obblighi che sono a peso del tutore (5). Egli è indifferente se la tutela che già si è assunta sia o non con patrimonio, e se questo sia vasto o di niuna importanza, niuna differenza essendo nella legge al riguardo, e la cura dell'educazione è già peso abbastanza grave per esonerare da una seconda tutela.

6° I militari in attività di servizio. Essi erano esclusi anche per diritto romano, e ciò perchè le cure del servizio militare non potrebbero loro permettere di assumere una tutela, anche per i frequenti cambiamenti di residenza a' quali vanno soggetti.

7° Coloro che abbiano missione dal governo fuori del regno, o che per ragione di pubblico servizio risiedono fuori del territorio del tribunale in cui si è costituita la tutela (art. 273). Questa disposizione è del pari oriunda dal diritto romano: *Reipublicae causa abesse eos solos intelligimus qui non sui commodi causa sed coacti absunt* (6). *Tamdiu reipublicae causa abesse quis videbitur, quandiu officio aliquo praeest quod si finitum fuerit officium, jam desiit abesse reipublicae causa* (7). La missione dev' essere governativa e non privata, come ad esempio, a cagione di commercio. La missione potrebbe es-

(1) L. 2, Dig. de escus.
(2) § 3, Dig. cod. tit.
(3) Instit. lib. I.
(4) L. 2 § ult. 3, 4, 5 e 31, Dig. de escus.
(5) L. 2, § 4 Dig. de excus. l. 231 Dig. de verb. oblig. e Demolombe, VII, 421.
(6) L. 35, D. I. G. ex quibus causa major 25 ann. integr. resitt.
(7) L. 38, § 1 Dig. eod. tit.

sere segreta e quindi è revocata in dubbio dal consiglio di famiglia; ma in tal caso può essere accertata con certificato del ministro del ramo, il quale non è però obbligato di spiegare la natura e durata della stessa.

8° Sono finalmente scusati dalla tutela gli estranei ogni qualvolta nel territorio del tribunale in cui si costituì, o in cui sia parte notabile delle sostanze del minore, risiedono parenti od affini di qualunque linea o grado capaci di assumerla e non dispensati per causa legittima. Del pari se le cause per le quali il parente o l'affine sia stato dispensato, l'estraneo che in conseguenza di tale dispensa fu costretto di assumerne l'ufficio di tutore o di protutore, può ottenere di esserne liberato (art. 274). Comunque dicasi la tutela un ufficio quasi pubblico, nel senso che ogni minore dev'essere assistito dal tutore, e niun cittadino può liberarsene senza giusta causa, pure essa non lascia di essere una carica di famiglia non diversamente che ritenevansi dal diritto romano. Gli estranei non sono obbligati ad assumerla allorchè sonovi dei parenti od affini in grado di esercitarla: *Divi Marcus et Verus Cornelio Proculo rescripserunt in haec verba. Si quando desunt in civitate ex qua pupilli oriundi sunt, qui idonei videantur esse tutores, officium sit magistratuum inquirere ex vicinis civitatibus honestissimum quemque, et nomina praesidi provinciae mittere; non ipsos arbitrium dandi sibi vindicare, sed quid eos dederit et ipsi consenserint decreto? Videtur valere datis*. Ma se dopo che l'estraneo ha accettato per obbligo la tutela; un parente od affine del minore ponga il suo domicilio nel territorio in cui si costituì la tutela o in cui sia parte notabile delle sostanze del minore, egli non può dimandare di essere esonerato dal continuare la tutela, perchè quel parente non fu veramente dispensato (1).

§ 418.° Le anzidette persone, giusta le cose osservate dinanzi, possono domandare di essere dispensate dall'assumere la tutela o la protutela e dal continuarla, quando la causa sopravvenga dopo l'apertura delle medesime.

§ 419.° Le cause enumerate di sopra dispensano dalla tutela le persone che possono invocarla, quand'anche siano avi del minore, senza distinguere se siano tutori testamentari, legittimi o dativi. Ma niuna persona può invocare cause di dispensa diverse da quelle prescritte dalla legge (art. 276). Nondimeno è data facoltà al consiglio di famiglia di dispensare in ogni tempo il tutore ed il protutore dal loro ufficio, qualora essi consentono a rassegnarli e il consiglio di famiglia reputi necessario un tale provvedimento nell'interesse del minore. La legge non ha voluto che si forzi un tutore a rimanere suo malgrado nella tutela, quando egli crede dimettersi dal relativo ufficio ed il consiglio di famiglia lo reputi necessario nell'interesse del minore. Una causa privata, che non dà luogo a dispensa, come l'essere in fre-

(1) Marcadè art. 432 e 444.

quenti viaggi per ragion di commercio, il che nuoce all'educazione del minore ed all' amministrazione dei suoi beni, e cause simili possono indurre il tutore a dimettersi, ed il consiglio di famiglia ad accettare la sua dimissione. La deliberazione del consiglio di famiglia che accorda la dispensa in tal caso, se non è stata presa a voti unanimi, dev'essere sottoposta all'omologazione del tribunale (art. 276).

§ 420.° La domanda di dispensa si propone al consiglio di famiglia. Se questo rigetta la domanda, il tutore o il protutore può impugnarne la deliberazione dinanzi al tribunale, in qualunque modo renduta, sia a maggioranza sia all' unanimità di voti. In questo caso un delegato speciale del consiglio di famiglia è ammesso a difenderne la decisione (art. 275). Ma pendente la decisione del tribunale il tutore o il protutore è tenuto a continuare nell' esercizio delle sue funzioni (art. 275). Se il tribunale accoglie l'istanza della persona del reclamante, non crediamo che i membri del consiglio di famiglia possano essere condannati alle spese, siccome stabilivano le leggi napolitane del 1819, poichè quelli sono giudici, e possono ingannarsi nell'interesse del minore in buona fede, cercando far rimanere per tutore chi ne avrebbe le buone qualità e nondimeno vuole dispensarsene. I membri del consiglio trarrebbero una condanna dal buon volere addimostrato di avere scelta una persona proba nel disimpegno della tutela.

§ 421.° La dimanda di dispensa dev'essere proposta fra un breve termine dopo la nomina, tanto richiedendo l'interesse del minore; quindi si decaderebbe dal diritto di proporla dopo un tal termine, od almeno dopo quello stabilito nella deliberazione stessa, e specialmente dopo essere stata eseguita (arg. art. 813 e 815 cod. proc. civ.).

SEZIONE VI.

DELL' ESERCIZIO DELLA TUTELA.

§ 422.° Dopo essersi trattato dei tutori, dei protutori e del consiglio di famiglia, non che delle cause di incapacità, di esclusione o rimozione, e di dispensa dagli uffici tutelari, è d' uopo esaminare le regole concernenti l'esercizio della tutela.

L'esercizio della tutela consiste nel prendere cura della persona del minore, nel rappresentarlo in tutti gli atti della vita civile e nell'amministrare i suoi beni (art. 277).

§ 423.° La cura della persona del minore comprende tre oggetti, cioè la educazione, la vigilanza su la condotta e la correzione nei casi in cui è necessaria. L'educazione che il tutore dee procurare al minore dev'essere in relazione con la posizione sociale e con la fortuna del medesimo. Quanto alla vigilanza della condotta, il tutore dee spendervi le cure di un buon padre di famiglia, e fare in modo che il minore conservi costumi puri e non contragga viziose abitudini. Finalmente per rispetto alla educazione il tutore non ha un potere illi-

mitato, ma dee seguire le norme che il consiglio di famiglia crede di doversi adottare. Esso ha facoltà, quando la tutela non sia esercitata dall'avo paterno o materno, di deliberare sul luogo in cui il minore debba essere allevato, su l'educazione che convenga dargli, sentito lo stesso minore, quando abbia compiuto l'età di anni dieci (art. 278).

§ 424.° Il minore dee rispetto ed obbedienza al tutore che fa le veci del genitore. E se questi abusi della sua autorità, o trascuri gli obblighi del suo uffizio, il minore può portarne le sue doglianze al consiglio di famiglia (art. 280). Se poi il tutore abbia gravi motivi di dispiacenza per la cattiva condotta del minore, deve riferirne al consiglio di famiglia, il quale potrà autorizzarlo a dimandare al presidente del tribunale, che il minore sia collocato in quella casa o in quell'istituto di educazione o di correzione che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo (art. 279 e 222).

§ 425.° Quanto al diritto di rappresentanza, il tutore compie tutti gli atti civili a nome e vece del minore, e non che assisterlo integrandone la capacità, siccome avviene pel minore emancipato assistito dal curatore, gli atti si fanno a nome del tutore che agisce nell'interesse del pupillo, e le istanze contro costui saranno del pari dirette al tutore. Questa regola riceve eccezione in primo luogo in materia di reati commessi dal minore: allora questi soltanto e non il tutore dev'essere chiamato in giudizio. In secondo luogo nelle azioni civili di danni ed interessi cagionati da un delitto o da una contravvenzione del minore intentata direttamente e in via principale avanti un tribunale correzionale od un giudice di polizia: allora dev'essere promossa contro il minore e contro il tutore insieme. In terzo luogo allorchè si tratti di atti diretti alla conservazione dei diritti, come un atto stragiudiziale diretto ad interrompere la prescrizione. In quarto luogo il minore dee agire direttamente in tutti gli atti che per loro natura devono essere la espressione della volontà individuale, come la celebrazione del matrimonio, salvo l'approvazione delle persone chiamate dalla legge a consentire (art. 65).

§ 426.° Quanto agli obblighi del tutore rispetto all'amministrazione dei beni del minore, per ragione del tempo in cui devono adempiersi, possono distinguersi in anteriori, contemporanei e posteriori all'esercizio della tutela. Il tutore prima d'imprendere l'esercizio della tutela, dee provocare in primo luogo la nomina del protutore. In secondo luogo nei dieci giorni successivi a quello in cui abbia avuto legalmente notizia della sua qualità deve fare istanza, acciocchè vengano tolti i sigilli che fossero stati apposti su gli oggetti della successione devoluta al minore per morte del genitore, o di un precedente tutore tanto legittimo, quanto dativo, di cui esso minore fosse l'erede (art. 281). In terzo luogo il tutore in persona o mediante mandatario, deve immediatamente, dopo tolti i sigilli far procedere all'inventario, cioè alla formazione di un atto che contenga l'enumerazione, la descrizione e la stima dei beni mobili, l'indicazione dei beni immobili, e lo ammon-

tare dei debiti (art. 281). Codesto ordinamento della legge non era meno accolto dal diritto romano: *Tutores vel curatores mox quam fuerint ordinati sub praesentia pubblicarum personarum, inventarium rerum omnium et instrumentorum solemniter facere curabunt* (1). L'inventario previene le sottrazioni, fa conoscere le forze del patrimonio per regolare le spese del mantenimento e della educazione del minore, e prepara gli elementi pel futuro rendiconto da darsi dal tutore. L'inventario dev'essere terminato nello spazio di un mese; salvo al pretore la facoltà di prorogare codesto termine ove le circostanze lo richiedano (art. 281).

§ 427.° L'inventario dev'essere fatto con l'intervento del protutore, il quale può anche farsi rappresentare da un mandatario speciale con l'assistenza di due testimoni, da scegliersi fra parenti e gli amici della famiglia, per mezzo del notaio nominato dal genitore o altrimenti dal consiglio di famiglia. Ma il pretore o il consiglio di famiglia può permettere che l'inventario sia fatto senza il ministero di notaio, quando i beni non eccedono il valore di lire tremila. L'inventario dev'essere depositato presso la pretura, e nell'atto del deposito il tutore e il protutore debbono dichiarare con giuramento la sincerità dello stesso (art. 282). Nell'inventario debbonsi indicare i mobili, crediti e debiti, descrivere le scritture, carte e note relative allo stato attivo e passivo del patrimonio, e farsi pure la descrizione degl'immobili. Il pretore o il consiglio di famiglia determina se e come si deve procedere alla stima dei mobili e alla descrizione dello stato degl'immobili (art. 283). Se nel patrimonio del minore fossero stabilimenti industriali o commerciali, deve procedersi nelle forme usate in commercio all'inventario dello stabilimento con l'intervento del protutore e di quelle persone che il pretore o il consiglio di famiglia credesse opportuno di delegare. Anche questo inventario dev'essere depositato presso la pretura, ed il riepilogo di esso sarà registrato nell'inventario generale (art. 284).

§ 428.° Il tutore che abbia verso il minore debito, credito o altre ragioni liquide o no, deve dichiararle su l'interpellazione del notaio prima che incomincino le operazioni relative all'inventario. Il notaio deve far menzione nell'inventario della fatta interpellazione e della data risposta. Nel caso poi d'inventario senza intervento di notaio, l'interpellazione al tutore dee esser fatta dal pretore che registrerà le risposte del tutore nel processo verbale di deposito (art. 285). Se il tutore, conoscendo il suo credito o le sue ragioni, espressamente interpellato, non ne avrà fatto dichiarazione, decaderà da ogni suo diritto. Qualora sapendo di esser debitore, non abbia dichiarato il suo debito, potrà essere rimosso dalla tutela (art. 286). I valori in numerario o in carte al portatore e gli oggetti preziosi, che si trovassero nel patrimonio del minore, debbono esser depositati nella cassa dei depositi giudiziari od in quella che sarà dal pretore designata, e debbono ri-

(1) L. 24, Cod. de administ. tut.

manervi sino a che il consiglio di famiglia non abbia intorno a quelli deliberato (art. 287).

§ 429.° Il tutore non può essere dispensato dal fare l'inventario, nè dal consiglio di famiglia, nè dal superstite dei genitori che lo abbia nominato; e ciò neanco per la parte di cui questi poteva liberamente disporre, potendo con simile dispensa lamentarsi lo sperpero del patrimonio del minore e favorire le dolose sottrazioni (1). In conseguenza il tutore che omette di fare l'inventario nel modo e termine stabilito, ovvero lo fa infedele, è tenuto al risarcimento dei danni (art. 288). Al quale effetto il minore può essere ammesso a provare con tutti i generi di prova, col giuramento, od anche con la pubblica fama accertata col detto dei testimoni l'ammontare della sua fortuna, ed il tutore può essere rimosso per tal fatto dalla tutela (art. 288 e 1348). La prova per pubblica fama è costituita da semplici asserzioni fondate su le voci che realmente il minore possedeva gli effetti che non furono compresi nell'inventario.

§ 430.° Il tutore, nel termine di due mesi successivi alla formazione dell'inventario, deve far vendere ai pubblici incanti, o ad offerte private, se vi sia autorizzato dal consiglio di famiglia, i mobili corporali di qualsiesi specie, la cui conservazione fosse pregiudizievole o meno utile al minore (art. 290). Codesto termine non è di rigore, ed il tutore non incorre in alcuna responsabilità, se ritarda la vendita; ma si espone a rispondere di ogni deterioramento dei mobili senza alcun profitto del minore.

§ 431.° Il tutore dee inoltre, dopo compiuto l'inventario, domandare al consiglio di famiglia o di tutela che stabilisca approssimativamente la spesa annua pel mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore e per l'amministrazione del patrimonio (art. 291). Questa spesa dev'essere proporzionata alle sostanze e alla condizione del minore sino al punto da esaurirsi; ma al bisogno può erogarvisi anche il capitale quando la rendita è affatto insufficiente. Del resto è utile al riguardo l'insegnamento della saggezza romana racchiusa nella seguente legge: *Modum autem patrimonii spectare debet, cum alimenta decernit; et debet statuere tam moderate, ut non universum reditum patrimonii in alimenta decernat, sed semper sit, ut aliquid ex reditu supersit* (2). Il codice austriaco non istabilisce regole meno provvide al riguardo. Il giudice pupillare determina la somma delle spese di mantenimento; avuto riguardo alle disposizioni fatte dal padre, al parere del tutore, al patrimonio, alla condizione ed agli altri rapporti del minore (art. 219). Se le rendite non sono sufficienti per queste spese e per quelle che occorrono a procurare al minore uno stato durevole di sussistenza, si potrà con l'approvazione del giudice erogare a questo oggetto anche il capitale (art. 220). La deliberazione del consiglio di famiglia per le spese del minore, lungi di essere irrevocabile, può essere mo-

(1) Maleville, art. 451; Demolombe, VII, 548; Demante I, 208; Chardon, III, 463.
(2) L. 1 Fr. 3 tit. II, ubi pupillus educ. vel mor. debeat.

dificata secondo la età e le mutate condizioni, e le esigenze degli studi e della istruzione del minore.

§ 432.° Il tutore dee domandare al consiglio di famiglia la somma da cui dee cominciare per lui l'obbligo d'impiegare i capitali del minore; dee fare dallo stesso determinare il modo dell' impiego delle somme di spettanza del minore, cioè se in rendita consolidata, in acquisti di beni stabili, in esecuzione di migliorie ad altri fondi; e da ultimo il tutore dee domandargli che decida se egli possa o no farsi coadiuvare nell' amministrazione, sotto la sua responsabilità, da una o più persone stipendiate, come esattore o commesso incaricato di portare innanzi i conti dell'amministrazione (art. 295). Se il tutore omette di provocare le deliberazioni del consiglio di famiglia su' primi due oggetti, diviene, alla scadenza di tre mesi, responsabile degl' interessi di qualunque somma eccedente le spese strettamente necessarie, per quanto minima essa sia (art. 291); mentre nel caso contrario non sarebbe tenuto a pagare gl' interessi che quando la somma cumulata sia giunta alla quantità fissata dal consiglio di famiglia.

§ 433.° Il tutore è tenuto in ultimo a dare cauzione, la di cui somma sarà determinata dal consiglio di famiglia, non più riconoscendosi la ipoteca legale di tutti i beni del tutore, giusta il diritto anteriore. Ma il tutore ha diritto di dar quella cauzione che crede, sia semplice, come un garante, un fideiussore, sia reale come un pegno, un' ipoteca. In quest' ultimo caso il consiglio di famiglia indica quei beni del tutore su' quali deve iscriversi l' ipoteca legale (art. 292 e 1969 n. 3). L'iscrizione dev'esser presa per cura del tutore, del protutore e del cancelliere che ha assistito alla deliberazione del consiglio di famiglia (art. 1983). Se poi il tutore non possegga beni sufficienti, il consiglio di famiglia deve procedere alla nomina di un nuovo tutore, senza distinguere, se il primo sia testamentario, legittimo o dativo, ed intorno a ciò il consiglio di famiglia deve deliberare alla prima adunanza (art. 292).

§ 434.° La legge dispensa dal dare cauzione l'avo paterno e materno, non solo quando la tutela sia loro deferita da essa medesima, ma anche quando fossero nominati tutori dal superstite dei genitori del minore o dal consiglio, essendo la ragione della dispensa nell'affetto che giustamente si presume in loro rispetto ai propri nepoti, il quale affetto garentisce gl' interessi del minore più che qualunque specie di cauzione.

§ 435.° Il tutore, incaricato di rappresentare il minore in tutti gli atti così giudiziali, come stragiudiziali, dovrebbe poter fare da solo, sotto speciali formalità e sotto la sua personale responsabilità, tutti gli atti necessari od utili alla conservazione ed aumento del patrimonio, e solo essergli impediti quelli che invece tendono a diminuirli. Nondimeno la legge per meglio garentire gl'interessi del minore in taluni atti faculta il tutore di agire da sè solo ed in conseguenza della sua potestà tutoria; in alcuni altri richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia;

e da ultimo in quelli più importanti diretti alla distrazione di tutto o di parte del suo patrimonio richiede l'autorizzazione del tribunale civile.

§ 436.° Il tutore dovendo provvedere all'amministrazione del patrimonio del pupillo, può da sè solo mantenere in buono stato di riparazione i beni mobili ed immobili, e procedere agli atti di pura e semplice amministrazione, cioè riscuotere a tempo debito i capitali e gli interessi dei beni, appigionare le case e gli altri edifizi, dare in affitto od a colonia i fondi rustici, o farli coltivare a conto proprio, secondo la pratica o la esigenza del luogo, può far tagliare i boschi, ma non quelli di alto fusto, prendere od interrompere una prescrizione, chiedere le riparazioni ordinarie, straordinarie ed urgenti sui fondi, può accettare donazioni o legati che non inducono pesi in danno del minore, può difenderlo in giudizio così in prima istanza, come nei gradi superiori di giurisdizione, può promuovere in giudizio le azioni possessorie e le quistioni relative alla esazione delle rendite, e fare in genere tutti gli altri atti che non ammettono dilazione.

§ 437.° Richiedono l'autorizzazione del consiglio di famiglia i seguenti atti:

1° L'impiego dei capitali in rinvestimenti, ed anche in pagamento di debiti; 2° la cessione o il trasferimento di crediti o di carte di credito; 3° gli acquisti di beni immobili o mobili, eccettuati quelli necessari all'economia domestica; 4° le locazioni o conduzioni eccedenti il novennio (art. 296), ed anche di nove anni o le minori stipulate a suo favore (art. 300); 5° l'accettazione di eredità così testate, come intestate, quand'anche fossero state anteriormente rinunciate (art. 296 e 960); 6° l'accettazione di donazioni o di legati soggetti a pesi, o a condizioni (art. 296). Se poi la tutela sia tenuta da un ascendente, questi in tale qualità può accettare le donazioni fatte al minore senza autorizzazione del consiglio di famiglia (art. 1059); 7° finalmente tutti gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione pei quali non sia inoltre richièsta l'omologazione del tribunale.

§ 438.° Gli atti poi pei quali, oltre la iniziativa da parte del tutore e l'approvazione del consiglio di famiglia, si richiede inoltre l'approvazione del tribunale sono i seguenti:

1° Gli atti di alienazione di beni immobili o mobili del minore. Sotto la voce alienazione si comprende ogni trasferimento di dominio sia in tutto, sia in parte, come la vendita propriamente detta, la permuta, la enfiteusi, la colonia perpetua, la costituzione di rendita o di usufrutto, l'imposizione o la rinunzia di servitù. Tra gli atti di alienazione si comprendono pure le cessioni di diritti relativi a beni mobili od immobili. Al contrario non vi è compresa la rinunzia della eredità, quando anche contenga beni immobili, bastando per essa l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Egli è facile il comprendere che l'autorizzazione di cui trattasi è necessaria per gli atti volontarii di alienazione, e non già per la vendita forzata dei beni del minore, provocata sia su la istanza dei suoi creditori, sia per causa di pubblica

utilità, non potendo soffermarsi il diritto dei creditori, o sospendersi la espropriazione pel difetto di capacità da parte del possessore del fondo.

2° Gli atti di pegno od ipoteca, tuttochè diretti a garentire prestiti contratti dal tutore con le debite formalità. Fra codesti atti va compresa la dazione del fondo in anticresi, il trasferimento dell'ipoteca da un immobile ad un altro, la cessione del grado ipotecario in un grado inferiore, la restrizione dell'ipoteca ad una somma minore di quella già iscritta o la sua limitazione sopra determinati beni.

3° La continuazione dell'esercizio degli stabilimenti di commercio o d'industria, trovati nel patrimonio del minore.

4° Il prender danaro a mutuo con o senza ipoteca, con o senza surroga dei gradi ipotecarii, ed a qualunque uso debba servire il danaro, sia per soddisfare obbligazioni del minore, sia per provvedere al suo mantenimento, sia per ristorare beni fondi di sua proprietà.

5° Le transazioni e i compromessi sopra ogni specie di beni, come pure le conciliazioni sopra valori controversi o la remissione di una parte di debito a favore dei debitori del minore. Secondo le leggi napoletane del 1819 la transazione per essere valida aveva bisogno di essere preceduta dal parere di tre giureconsulti.

6° Le divisioni volontarie ed amichevoli di ogni specie di beni in cui sia interessato il minore, senza distinguere se dietro istanza di costui, o su quella dei suoi coeredi, e senza distinguere la causa della divisione se ne sia la successione, la comunione, la società. Se poi trattasi di divisione giudiziale, trattata nelle forme prescritte dalla legge con l'intervento del pubblico ministero, non avrà bisogno di altra speciale approvazione. L'autorizzazione del tribunale è necessaria per la divisione, diffinitiva non già per la provvisoria (art. 301 e 296).

La designazione degli atti nei quali è necessaria l'omologazione del tribunale, essendo limitativa, non può estendersi agli altri atti diversi da quelli di sopra enunciati.

§ 439.° L'autorizzazione del consiglio di famiglia non può essere data in genere per tutti gli atti, ma deve essere speciale per ciascun atto o contratto. E nello autorizzare le vendite d'immobili, deve inoltre il consiglio di famiglia determinare se debbano farsi ai pubblici incanti o per offerte private (art. 297). Il consiglio di famiglia ha diritto di concedere o rifiutare l'autorizzazione, eccetto quando permetta la continuazione dell'esercizio degli stabilimenti di commercio o d'industria trovati nel patrimonio del minore, esigendo la legge in questo caso l'evidente utilità del minore (art. 299). Ma lo spirito che informa l'istituzione del consiglio di famiglia esige che esso non autorizzi gli atti nei quali è chiamato, se non in vista della necessità od utilità evidente del minore. Quanto al tribunale non può dirsi diversamente. Esso non dee approvare le alienazioni dei beni del minore, se non nei casi di necessità, come per alimentare il minore, per pagare i suoi debiti, per terminare opere iniziate, per ristorare fondi che minacciano rovina, o per utilità evidente, come la permuta di fondi siti

in luoghi lontani, e la cui rendita offre scarso profitto, o si è sperimentata di difficile esazione la rendita dei fondi, o sono questi soggetti a gravosi condominii o servitù: in tali casi si dispone la vendita dei fondi per impiegarsene in modo più utile il prezzo, e casi simili (arg. art. 1406).

§ 440.° Quanto agli atti a titolo gratuito essi sono interdetti al tutore nel modo più assoluto; eccetto i piccoli doni di usi e le convenienze matrimoniali (art. 1386).

Del pari sono vietate le rinuncie di diritti, non escluse le prescrizioni compiute a favore di lui.

In secondo luogo è interdetta al tutore o protutore la compra dei beni del minore anche ai pubblici incanti (art. 300). Un tale divieto comprende ogni specie di beni sia mobile sia immobile, ed è diretto ad evitare le frodi a danno del minore, potendo il tutore non eccitare quella concorrenza che è desiderabile nell' interesse del pupillo. Deve però eccettuarsi il caso in cui il tutore sia creditore ipotecario del minore, non dovendo il suo diritto rimanere paralizzato dal suo uffizio. Solo quando l'acquisto si faccia dal tutore, deve il minore essere rappresentato dal protutore (art. 266) (1).

In terzo luogo è proibito in modo assoluto al tutore ed al protutore l' accettazione della cessione di alcuna ragione o credito competente contro il minore; e ciò onde il minore non sia esposto alle frodi del tutore che potrebbe su di esso esercitare, acquistando dai terzi i crediti che avessero contro di lui. Non può neppure prendere in affitto i beni senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia (art. 300).

SEZIONE VII.

DEL RENDIMENTO DEI CONTI.

§ 441.° Cessata la tutela è d'uopo che il tutore renda il conto dell'amministrazione da lui tenuta, essendo canone di giustizia che ogni amministratore dei beni altrui dee rendere conto della gestione.

§ 442.° Ogni tutore terminata la sua amministrazione è tenuto a rendere il conto (art. 302). Quest'obbligo di dare il conto non è solo del tutore, ma di tutti coloro che temporaneamente hanno amministrato i beni del tutore. Vi è quindi obbligato il tutore, le cui scuse rigettate dal consiglio di famiglia, sono state ammesse dal tribunale. Nel caso di morte del tutore sono tenuti a dare il conto i suoi eredi, specialmente se avessero amministrato nell'intervallo tra la morte del loro autore e la nomina del nuovo tutore o chiunque altro abbia amministrato i beni del minore (art. 1747). Si è spesso agitata la quistione se un tutore possa essere esentato dall'obbligo di rendere il conto come se lo avesse ordinato il testatore nel suo testamento, e nell' interesse del minore si è opinato doversi reputare la clausola come non

(1) Duvergier su Toullier, I, 123, Duranton III, 559.

apposta (1). Oggi è cessata ogni ragione di disputa al riguardo, poichè la legge espressamente dichiara che qualunque esenzione dall'obbligo di rendere il conto definitivo, o di presentare gli stati annuali è di nessuno effetto (art. 304).

§ 443.° Il tutore, ad eccezione dell' avo paterno o materno, dovrà ogni anno presentare gli stati della sua amministrazione al consiglio di famiglia il quale, prima di deliberare, li farà esaminare da uno dei suoi membri. Questi stati saranno stesi e rimessi senza spesa in carta non bollata e senza alcuna formalità di giudizio, e, dopo la deliberazione del consiglio di famiglia, depositata presso la pretura (art. 303). Se è regola di ogni buona amministrazione di fare in fine dell'anno un bilancio dell'attivo e del passivo, a tal regola deve conformarsi l'amministrazione del tutore. Lungi di doversi presentare in ogni anno un vero conto, come disponevano i codici anteriori, il legislatore italiano richiede soltanto uno stato o specchio della sua amministrazione, nel quale sieno annotati i risultati generali delle varie categorie di entrata o di uscita senza discendere a minuti particolari. Non essendosi poi conceduto al protutore il sospettoso incarico di sorvegliare la gestio- del tutore, non si è creduto neppure conveniente d' incaricarlo di ricevere e rivedere gli stati annuali della tutela, e si è preferito di farli presentare direttamente dal tutore al consiglio di famiglia, attribuendo ad esso la cura di farli esaminare da uno o più dei suoi membri, di deliberare poi sopra di essi, e depositarli presso la pretura (2). Secondo il diritto romano il rendimento del conto dovea aver luogo al termine della tutela, eccetto se non si fosse stabilito di doversi offrire i conti provvisori anche durante la medesima (3).

§ 444.° Il conto può rendersi all' amichevole o per via giudiziale, secondo che le parti si accordano o no a riceverlo nelle singole partite (art. 219 e 528 proc. civ.). Senonchè il conto non è definitivo quando sia reso al nuovo tutore, se non intervenga l'approvazione del consiglio di famiglia (art. 306); ed il tutore non è efficacemente liberato, se non quando abbia reso il conto al minore, fatto maggiore, assistito dal protutore, o da altra persona che in mancanza del protutore sia stata destinata dal pretore (art. 307).

Le spese del conto sono a carico del minore o dei suoi eredi, ma devono essere anticipate dal tutore. E poichè non è possibile di giustificare tutte le più minute spese, non che quelle per la economia domestica, la legge saviamente dispone che si ammettono a favore del tutore tutte le spese che saranno sufficientemente giustificate e riconosciute utili al minore (art. 305). Non è quindi necessario che tutte sieno appoggiate a documenti in forma legale, la cui raccolta sarebbe stata molto pregiudizievole al minore per le spese all'uopo necessarie.

(1) Arresto della Corte di Cassazione di Napoli dei 26 gen. e 7 aprile 1826. Vedi Demolombe, VIII, 41 e 42; Demante, II 230, Arcieri drit. civ. vol. 1. pag. 117.
(2) Relazione sul codice.
(3) L. 4, 5 e 16 Dig. det. tut. et ration. distrah.

Epperò le prove di giustificazione possono essere varie secondo gli oggetti e la loro entità; così per le spese di valore sarà necessaria la prova scritta, per altre di minore importanza potrà bastare la prova testimoniale.

§ 445.° Nessuna convenzione tra il tutore ed il minore fatto maggiore può aver luogo prima della definitiva approvazione del conto della tutela (art. 307). Per tal modo sono allontanati i raggiri e gli artifici fraudolenti in danno dei minori, sieno o no emancipati. Il divieto riguarda le contrattazioni relative alla gestione della tutela, sia a titolo gratuito, sia oneroso, e le altre che vi hanno rapporto, tuttochè indiretto, se prima non sia dato il conto definitivo; e ciò perchè il pupillo, essendo rimasto sotto il potere della persona che ha esercitata un'autorità pressochè simile al genitore, può essere indotto dal timore riverenziale ad assolverlo di qualunque arretrato. Inoltre il minore, spinto dal desiderio di immettersi tosto nel godimento dei suoi beni, si affretterebbe a firmare qualunque obbligazione, tuttochè pregiudizievole ai propri interessi.

Non mancano degli scrittori i quali ne eccettuano la vendita o la locazione stipulatasi tra il tutore ed il minore divenuto maggiore, ma la disposizione della legge essendo generale, e creando una incapacità relativa tra il tutore ed il minore fatto maggiore, prima del rendimento del conto, dichiarando che nessuna convenzione possa aver luogo tra loro, non ci pare plausibile la fatta eccezione.

Nel nostro diritto patrio antico erano del pari annullati tutti i contratti e tutte le promesse che senza decreto del giudice si facevano dal pupillo al tutore, ed era proibito al tutore ed all'educatore senza permesso del re di contrarre matrimonio anche per *verba de futuro* con la sua pupilla o pupillo, e nemmeno poteva contrarlo pei suoi figli con la pupilla, o per le sue figlie col pupillo, ed erano eziandio nulle le donazioni che all' occasione di simili sponsali o matrimoni si facevano all'educatore dei congiunti del pupillo o della pupilla (1).

§ 446.° La nullità delle convenzioni stipulate fra le dette persone è soltanto relativa, e non si può proporre che dal solo minore divenuto maggiore, o dai suoi eredi ed aventi causa. Al contrario non può essere eccepita dal tutore, perchè non stabilita nel suo interesse, ma in quello esclusivo del minore. Siffatta nullità, come tutte le altre della stessa natura, può sanarsi con la ratifica espressa o tacita data dopo l'approvazione definitiva del conto; altrimenti sarebbe nulla come la stessa obbligazione che si ha in mira di ratificare.

§ 447.° Qualora l'amministrazione del tutore cessi prima che l'amministrato sia giunto alla maggiore età od emancipato, il conto dell' amministrazione dovrà rendersi a colui che succede ed in presenza del protutore: il rendimento di conti non sarà però definitivo, salvo che intervenga l'approvazione del consiglio di famiglia. Cotesta appro-

(1) Pramm. de educat. pueror. et puellar.

vazione non richiesta dal codice francese e dalle nostre leggi civili del 1819, è stata rilevata dal codice albertino, il quale richiedeva inoltre l'approvazione del tribunale (art. 340).

Se l' amministrato muore durante la sua età minore, il conto sarà reso ai suoi eredi (art. 306). In tal caso non è d'uopo dell'assistenza del protutore, come nel caso in cui il conto si dee rendere al minore, poichè la di lui presenza è richiesta soltanto nell' interesse del minore.

§ 448.° L' azione per rendimento di conto di una tutela o di una amministrazione si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui la tutela o l'amministrazione fu conferita o esercitata (art. 97 cod. proc. civ.). Essa va trattata con rito sommario (art. 323 d.). Se chi dee rendere il conto non lo presenti nel termine stabilito, l'autorità giudiziaria può ammettere chi lo ha chiesto a determinare anche con giuramento la somma dovuta (art. 326). Codesta facoltà è molto grave nelle sue conseguenze, e fa d'uopo che i tribunali se ne avvalgono con molta riserva, tenendo conto di tutte le circostanze che rendono verosimili le assertive dell'attore nel giudizio di rendiconto. Del resto è opinione generale che anche dopo deferito il giuramento di uffizio, può presentarsi il conto e discutersi nei modi ordinari, finchè non è stata pronunciata la sentenza che determina la somma e non vien prestato il giuramento deferito. Il conto dee discutersi avanti il giudice delegato con la sentenza, non potendo aver luogo in tal caso la procedura degl' incidenti. Se poi la parte a cui si rende il conto non abbia fatto osservazioni a norma dell' art. 322, o non sia comparsa davanti il giudice, l'autorità giudiziaria, può su l'istanza dell'altra parte approvare il conto (art. 326 proc. civ.). Le parti discutono il conto davanti il giudice delegato, e questi ne fa processo verbale, enunciando le loro osservazioni. Quando le parti siano di accordo, il giudice approva il conto ed ordina il pagamento delle somme e la consegna degli oggetti dovuti. A questa ordinanza è applicabile il capoverso dell'art. 321. Se le parti non sieno di accordo, il giudice provvederà a norma dell'articolo 181, cioè rimette le parti ad udienza fissa per la risoluzione del merito (art. 323).

§ 449.° Quando il tutore rende il conto spontaneamente deve presentarlo con sua firma, o deve farlo presentare da un suo procuratore speciale e depositarlo nella cancelleria del tribunale. Il conto deve contenere: 1° Lo stato delle cose di cui vi è obbligo di dar conto; 2° Le partite dell' esatto; 3° Le partite dello speso; 4° I residui da esigersi e gli oggetti da ricuperarsi. Esso deve terminare con un riepilogo (art. 320 proc. civ.). Deve offrire i documenti giustificativi (art. 319 proc. civ.). Quando l' esatto ecceda lo speso, su l' istanza della parte interessata, si ordina il pagamento del sopravvanzo, senza che per ciò s'intenda approvato il conto. Questa ordinanza ha effetto di sentenza spedita in forma esecutiva e non si ammette reclamo contro di esse; eccetto l'errore di calcolo che è sempre riparabile (art. 321 proc. civ.).

Ove poi il conto sia impugnato, è d'uopo specificare le partite che s'impugnano, se si citi il tutore dinanzi al presidente al solo oggetto di rinviare le parti per la discussione del conto avanti al giudice delegato. Se dietro la discussione l'esito finale è accordato fra le parti, si distende processo verbale, ed il giudice delegato emette ordinanza in forma esecutiva. Quando poi non vi è accordo fra le parti, si redige il processo verbale, ed il medesimo giudice delegato è obbligato di rimettere le parti ai tribunali (art. 323 cod. proc. civ.). In qualunque modo il conto è renduto non soffre revisione; ma sono sempre emendabili gli errori di calcolo, le partite duplicate, o false, o per riparare alle omissioni incorsevi (art. 327 d.). Senonchè è necessario di non confondere le revisioni da' semplici errori di calcolo o materiali; ma all'uopo è opportuno di tener presente la seguente regola del diritto romano: *Errorem calculi, sive ex uno contractu, sive ex pluribus emerserit, veritati non afferre praeiudicium, saepe constitutum est: unde rationes etiam saepe computatas denuo tractari posse si res indicatae non sunt, vel transactio non intervenit, explorati iuris est.* La revisione si distingue dalla rettificazione, in quanto che quella riguarda un esame rifatto di tutto il conto o di una parte in rapporto all'insieme di esso; mentre questa riguarda alcune singole partite che non ne alterano il concetto generale.

§ 450.° Secondo le leggi napolitane del 1819 era stabilito che ogni azione del minore contro il tutore relativa alla tutela, si prescrivesse in dieci anni computabili dal tempo della età maggiore (art. 398); e poichè nulla erasi detto quanto al tempo della prescrizione dell'azione *contraria tutelae*, cioè quella competente al tutore contro il pupillo, gli scrittori più ligi al testo della legge la ritenevano prescrittibile in trenta anni, giusta la regola generale. Secondo il diritto romano le azioni che derivavano dalla tutela erano perpetue, cioè duravano trent'anni (1). Al contrario il codice italiano, per eliminare ogni disputa al riguardo, stabilisce che le azioni del minore contro il tutore e il protutore, e quelle del tutore verso il minore relative alla tutela si prescrivono in dieci anni computabili dal giorno della maggiore età o della morte dell'amministrato o dalla rimozione del tutore, se la tutela è cessata per tal causa senza pregiudizio però delle disposizioni relative alla interruzione e sospensione del corso delle prescrizioni. La prescrizione stabilita da questo articolo non si applica all'azione pel pagamento del residuo risultante dal conto definitivo (art. 309), poichè, assodato il residuo, esso costituisce una ragione creditoria, come qualunque altra, e non essendovi bisogno di liquidarlo a capo di molti anni, si prescrive con la ordinaria prescrizione. Sono azioni relative alla tutela quelle del rendimento di conto, tanto da parte dell'amministrato che ha diritto di riceverlo, quanto del tutore che è in obbligo di darlo, e la rettifica del medesimo per fatti relativi all'amministrazio-

(1) L. 1 § 22 Dig. de tut. et rat. distr. e l. 8 cod. arbit. tut.

ne, e non per errori materiali, la correzione dei quali può chiedersi fra trenta anni computabili dal rendimento dei conti. Non crediamo che possa tra le dette azioni comprendersi, come pare a taluni scrittori, l'azione di nullità delle convenzioni stipulate tra il minore fatto maggiore ed il tutore, contro il divieto dell'art. 307, non concorrendo per essa la ragione della legge che ha motivato l'abbreviazione del tempo ordinario della prescrizione, cioè la difficoltà di dare un conto dopo molti anni dalla cessazione della gestione. Avvisiamo quindi che l'azione di nullità poggiata su la violazione dell'art. 307 sia prescrivibile in soli cinque anni, giusta la regola generale (art. 1300).

Non sono poi relative alla tutela le azioni di qualsivoglia natura competenti all'amministrato contro il tutore, od a costui contro il primo, indipendentemente dalla tutela, come i crediti di qualunque natura, l'azione per la divisione, come pure le azioni di revindica di beni mobili od immobili usurpati dal tutore del tempo della sua gestione (1).

§ 451.° Secondo le leggi romane finita la tutela competevano al pupillo più azioni contro il tutore. La prima era l'azione diretta della tutela, *actio tutelae directa*, con la quale costringevasi il tutore, al rendimento del conto, a restituire quello che trovavasi in suo potere ed a rifarlo di ogni danno ed interesse cagionato. Siffatta azione competeva anche agli eredi del pupillo contro il tutore, ed anche contro gli eredi del medesimo. Alla sua volta il tutore aveva un'azione contro il minore, chiamata *actio contraria tutelae,* in opposizione all'*actio* diretta accordata a costui, nel fine di essere rivaluto di quanto aveva erogato per cagione della tutela, ancorchè lo speso per cause fortuite non imputabili non avesse giovato al minore (2). Se il tutore era condannato con una delle azioni enunciate, venia notato d'infamia, considerandosi il quasi contratto della tutela di somma fiducia, epperò meritevole della maggiore disistima colui che violandone le regole si rendeva malversatore del patrimonio del pupillo. Questi non solo poteva rivolgersi contro il tutore e coloro che avevano preso parte alla tutela o fornita la cauzione, ma anche contro i magistrati: *Qui satisdationem accipiunt, subsidiariam actionem esse, quae ultimum eis praesidium possit afferre* (3). Nominato il tutore dal magistrato superiore, questi rimandava al magistrato inferiore per lo esame della cauzione, il quale per ciò rimaneva responsabile: *Neque autem praefectus urbis, neque praetor, neque praeses provinciae, neque quis alius, cui tutores dandi ius est hac actione tenebitur; sed hi tantummodo qui satisdationem exigere solent* (4). Codesta responsabilità fu sancita da un senato consulto pubblicato sotto il regno di Traiano (5). Il magistrato per

(1) Demolombe, VIII, 159; Valette, explic. somm. 303.
(2) L. 3 § 7. Dig. de controv. tut.
(3) Inst. l. 1, t. XXV, § 2.
(4) Inst. eod. § 3.
(5) L. 5 cod. de mag. cons.

liberarsi da ogni responsabilità, dovea fornire la pruova che il cauzionante quando fu accettato era solvibile (1). L' aziône passava contro gli eredi del magistrato solo quando vi era stata colpa grave per parte di lui (2).

CAPO II.

Dell' emancipazione.

§ 452.° La voce *emancipazione* importa far libero, rendere franco alcuno: *Emancipare vero generatim est e manu, idest potestate transferre*. La sua origine è oriunda dal diritto romano, ed esprimeva la vendita di qualche cosa con la nota formalità della moneta di rame e della bilancia in presenza di cinque testimoni cittadini, dell' attestato, e del libripende, il quale teneva la bilancia. La nostra emancipazione è ben diversa da quella dei Romani; poichè questa aveva per iscopo di sciogliere il figlio dalla patria potestà, e perciò si compiva col rito solenne della *mancipazione*, e poscia con una semplice dichiarazione fatta dinanzi al magistrato. Ma tale emancipazione non aveva alcuna relazione con la tutela, come avviene della emancipazione attuale, poichè se l' emancipato era minore di quattordici anni continuava a rimanere sotto tutela (3).

§ 453.° La emancipazione è di due specie, l'una è *legale* o tacita e l'altra *volontaria* od espressa: la prima si opera col matrimonio a qualunque età possa questo essere celebrato, sia alla età ordinaria di anni quindici per la donna e diciotto per l' uomo, sia alla età nella quale si può ottenere la dispensa, cioè dodici per la donna e quattordici per l'uomo (art. 68); la seconda si effettua con dichiarazione espressa da parte dei genitori.

§ 454.° L' emancipazione legale si opera *ministerio legis* col matrimonio contratto dal minore (art. 310) ed è una conseguenza del vincolo matrimoniale, essendo assurdo che un uomo sia capo della famiglia e sottoposto all' altrui potestà od all' altrui tutela. D' altronde ritenuto capace delle gravi cure di padre e di marito, dee reputarsi ancora capace di amministrare il suo patrimonio. L'emancipazione legale essendo la conseguenza dello stato matrimoniale, una volta avvenuta non è più revocabile sia per decreto del giudice, sia per lo scioglimento del matrimonio, quantunque accada prima che il minore abbia raggiunto la età maggiore, o la età di anni diciotto per la emancipazione volontaria ed espressa (4).

§ 455.° L'emancipazione volontaria può farsi dal genitore che esercita la patria potestà, sia il padre, sia la madre, sia tra loro uniti,

(1) L. 1, § 13 Dig. eod. tit.
(2) L. 4, 6. Dig. eod.
(3) Inst. l. 1, tit. XII, § 6.
(4) Duranton, III, 633; Demolombe, VII, 186; Mourlon, I, 1229.

sia separati, e qualunque sia la causa per cui l'esercizio della patria potestà, sia cessato nel padre e passato alla madre. Il genitore poi che ha l'esercizio della patria potestà, può emancipare il figlio purchè abbia compiuto la età di anni diciotto, e malgrado il dissenso dell'altro coniuge. Un tal potere si esercita anche dalla madre che sia passata a seconde nozze, essendo esso una conseguenza della patria potestà che non si perde per effetto del secondo matrimonio. Se il padre e la madre sieno morti o non abbiano l'esercizio della patria potestà, per qualsiesi causa, l'emancipazione del minore che abbia compiuto il diciottesimo anno può farsi dal consiglio di famiglia (art. 311).

§ 456.° L'emancipazione dei figli naturali riconosciuti può farsi dal genitore che ne abbia la tutela legale, sia esso il padre, sia la madre, ed in mancanza di lui, sia perchè morto, sia perchè privato della tutela, può effettuarsi dal consiglio di tutela (art. 312). In fine i figli naturali non riconosciuti e gli adulterini od incestuosi, come i fanciulli ammessi negli ospizi, a qualunque titolo e sotto qualsivoglia denominazione, i quali non abbiano parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore, possono emanciparsi dal consiglio di tutela.

§ 457.° Quanto alla forma l' emancipazione volontaria od espressa si compie dal genitore mediante dichiarazione fatta davanti il pretore o da un procuratore munito di mandato speciale ed autentico (art. 311). Si effettua poi dal consiglio di famiglia o di tutela, mercè sua deliberazione. Egli nel prendere tale deliberazione dev' essere presieduto dal pretore anche quando si tratti di emancipare i fanciulli ammessi negli ospizi (art. 313). Il pretore competente per ricevere l'atto di emancipazione è quello del luogo del domicilio del genitore che l' emancipa, o del luogo ove si esercita la tutela, che è pur quello in cui ha sede il consiglio di famiglia , ed ha ordinariamente il domicilio il tutore.

L'emancipazione si opera indipendentemente dal consenso e dall'accettazione del minore, anzi a sua insaputa, ed anche suo malgrado , essendo un atto di esclusiva autorità domestica, diversamente da quello che era stabilito nel novello diritto romano, per lo quale si richiedeva il consenso dell'emancipato (1): essa non può farsi sotto condizioni nè di tempo, nè per determinati atti; salvo il diritto di rivocarla, ove il minore se ne renda indegno.

Nel nostro antico diritto patrio la emancipazione si effettuava per mezzo d' istrumento stipulato innanzi notaio.

§ 458.° Secondo i Romani si distinguevano tre specie di emancipazione, la *legittima*, l' anastasiana e la giustinianea. La prima si celebrava col vendere fintamente e con lo sciogliere il figlio dalla potestà patria dal compratore, e questa fu abolita da Giustiniano (2). La seconda fu introdotta a vantaggio dei figli assenti, ed aveva luogo per rescritto del principe, da doversi insinuare presso il giudice competen-

(1) L. 5 cod. de emancip. lib. 3.
(2) § 6 Iust. de adopt.

te (1). La terza in fine, che fu introdotta in luogo della prima, seguiva fra persone presenti innanzi al magistrato competente (2). L'emancipato diveniva ***sui iuris***, soffriva la minima diminuzione di capo, e perdeva i diritti di agnato, i quali del resto nell'emancipazione anastasiana gli potevano venir riservati nel rescritto (3).

§ 459.° Effetto della emancipazione legalmente avvenuta, sia la legale, sia la volontaria, è quello di mettere il minore in uno stato intermedio tra la età maggiore e la minore, liberarlo dalla potestà tutoria, e dargli un curatore per assisterlo nei diversi atti eccedenti la semplice amministrazione.

Il curatore può essere assegnato dalla legge o dal consiglio di famiglia. Quando l'emancipazione è fatta dal padre o dalla madre, sarà curatore del minore lo stesso genitore che lo ha emancipato (art. 314). Se poi l'emancipazione ha luogo mediante il matrimonio, la cura del minore emancipato spetta al padre ed in mancanza di lui alla madre. Mancando ambedue i genitori, il consiglio di famiglia o di tutela gli nominerà il curatore. La donna minore maritata ha per curatore il marito, od il curatore del marito se questo sia minore od inabilitato, ed infine il tutore del marito se questo sia interdetto. Qualora sia vedova, ovvero separata di corpo o di beni, avrà per curatore il padre o la madre, ed in loro mancanza le sarà nominato un curatore dal consiglio di famiglia o di tutela (art. 315).

§ 460.° Gli effetti della emancipazione devono considerarsi per rispetto alla persona ed ai beni del minore. In ordine alla persona la emancipazione sottrae il minore dalla patria potestà, ovvero dalla tutela ordinaria o legale alla quale trovasi sottoposto. Egli può abbandonare la casa paterna ed eleggersi un domicilio a sè, nè può esser sottoposto ad alcuna correzione da parte del genitore; ma la emancipazione non lo libera dalla necessità di avere il consenso dal genitore o dagli ascendenti o dal consiglio di famiglia o di tutela per la celebrazione del matrimonio (art. 63. 64. 65. e 66).

§ 461.° Per rispetto ai beni, il minore emancipato acquista una capacità intermedia tra la età minore e la maggiore, ed il grado della sua capacità varia secondo la natura degli atti. In alcuni può agire da sè solo senza l'assistenza del curatore; in altri, oltre codesta assistenza, si richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela; ed in altri oltre tale assistenza ed autorizzazione, è necessaria l'omologazione del tribunale.

§ 462.° Il minore emancipato può fare da sè solo tutti gli atti che non eccedono la semplice amministrazione, cioè può esigere le rendite e farne quietanza, conchiudere gli affitti dei propri beni e prendere quelli degli altri per tempo non maggiore di nove anni, poichè un affitto di lunga durata può considerarsi come un'alienazione, la

(1) c. penult. cod. eod. tit.
(2) c. ult. cod. eod. tit.
(3) c. II, l. VI, 58 de cap. minut.

quale può compromettere i suoi interessi (art. 1572); può vendere i mobili soggetti a deperimento, può prendere od interrompere una iscrizione e compiere altri atti o provvedimenti di urgenza.

§ 463.° Il minore emancipato ha mestieri dell'assistenza del curatore per ricevere il conto della tutela, riscuotere i capitali con la condizione di nuovo impiego; se poi il capitale non è stato impiegato, ne è risponsabile il curatore verso il minore; può stare in giudizio sia come attore, sia come convenuto, qualunque sia la natura dell'azione istituita.

Se il curatore rifiuta di dare il suo consenso, il minore può farne richiamo al consiglio di famiglia, il quale provvede secondo le circostanze (art. 320), e può secondo le medesime autorizzare a compiere l'atto che il curatore ha creduto non dovere aver luogo. In tal caso il consiglio di famiglia destina un suo membro ad assistere il minore; e l'atto in tal modo compiuto sarà valido egualmente, come se fosse stato consentito dal curatore.

§ 464.° Quanto agli atti di alienazione come vendita, permuta di fondi e simili, di pegno o d'ipoteca, per prendere denaro a mutuo, fare transazioni, o conciliazioni, o compromessi per atti che eccedono la semplice amministrazione, come pure per la divisione de' beni, per regolare il confine in modo diffinitivo, oltre il consenso del curatore e l'autorizzazione del consiglio di famiglia, si richiede l'omologazione del tribunale preceduta dalle conclusioni del P. M. (art. 319 e 301). Quanto alle donazioni ed altri atti gratuiti, non è permesso potersi fare dal minore emancipato non ostante la omologazione del tribunale, eccetto i piccoli doni di uso e le convenienze matrimoniali (art. 1386).

Gli atti compiuti dal minore emancipato da sè solo o coll'assistenza del curatore ed approvazione del tribunale, giusta i casi e le regole sopra esposte, sono pienamente validi e considerati come se fossero fatti da persone di età maggiore (art. 1304); quindi non potrebbero essere annullati o rescissi gli atti che per cause comuni, cioè il dolo, la violenza, l'errore, la lesione. Ove poi gli atti fossero compiuti senza le condizioni prescritte dalla legge, si considerano affetti di nullità relativa, la quale può essere proposta dal solo minore emancipato, non che dai suoi eredi od aventi causa. La nullità non può eccepirsi dai terzi che abbiano contrattato col minore, essendo soltando in beneficio di costui riconosciuta dalla legge.

§ 465.° La emancipazione legale cessa con la età maggiore dell'emancipato e colla sua interdizione; la volontaria cessa con le cause stesse e con la rivoca dell'emancipazione, quando il minore si appalesa con i suoi atti incapace di amministrare (art. 321). Egli può del pari essere privato di un tal beneficio, se prosciolto dalla potestà patria o dalla potestà tutoria, si abbandonasse ai vizi ed alla dissolutezza (1).

(1) Demolombe, VIII, 357; Valette. Explic., pag. 335.

§ 466.° Il diritto di rivocare la emancipazione compete esclusivamente al consiglio di famiglia o di tutela, quantunque il minore sia stato emancipato dal proprio genitore, poichè, cessata la patria potestà, l'autorità legale sopra il minore si trasferisce nel consiglio di famiglia. Questo può rivocare l'emancipazione su l'istanza di un consulente, del curatore, di un parente od affine del minore, ed anche del pubblico ministero. Se il minore sia stato emancipato dal genitore, il consiglio di famiglia non può rivocare l'emancipazione che sopra domanda del medesimo, essendo il padre il principale interessato ed il giudice più competente per estimare la necessità o non della rivoca dell' emancipazione. Del resto il consiglio di famiglia non è obbligato di far diritto alla domanda del genitore; ma può accoglierla o respingerla secondo che troverà fondate o no le ragioni su cui è basata (art. 321).

§ 467.° Avvenuta la rivocazione dell'emancipazione, il minore ritorna sotto la patria potestà o la tutela legale dei genitori, secondo che è figlio legittimo o naturale con tutti i diritti, non escluso l'usufrutto legale e gli obblighi relativi. In mancanza di genitori il minore rientra sotto la potestà tutoria, e non potendo essere novellamente emancipato, dopo essersi addimostrato incapace di reggersi da sè, vi rimane fino alla età maggiore (art. 321); salvo al minore di ricorrere al tribunale ove credesse ingiusta la rivoca della emancipazione (1). Solo potrebbe essere emancipato legalmente, ove, dopo la rivoca della emancipazione, contraesse matrimonio. Nel caso poi che il minore dee ritornare sotto la tutela, si diviene alla nomina di un nuovo tutore, dandosi luogo all'apertura di una novella tutela; ma nulla impedisce che sia rieletto quello nominato precedentemente alla emancipazione di poi rivocata, quando non avesse demeritato nel suo ufficio. Anzi è da raccomandarsi in tal caso la rielezione per evitare i frequenti cangiamenti di tutori, che nuocciono alla educazione del minore ed all'amministrazione del suo patrimonio.

§ 468.° Alle regole sopra enunciate e relative alla capacità del minore emancipato, fa d'uopo eccettuare i minori emancipati sì maschi come femmine che esercitano il commercio, i quali sono reputati maggiori quanto alle obbligazioni da loro contratte per gli atti di commercio; il che era richiesto nell'interesse stesso del commercio, i di cui affari richiedono celerità, ed i giovani vi si devono addestrare di buon ora. Per potere essere i minori reputati maggiori quanto alle obbligazioni commerciali, sono necessarie le seguenti condizioni: 1° devono essere emancipati; 2° dell' età di diciotto anni compiuti; 3° devono essere autorizzati preventivamente dal padre o dalla madre con atto da seguire dinanzi al pretore, ed in di loro mancanza dal consiglio di famiglia o di tutela; 4° che la deliberazione del consiglio sia omologata dal tribunale civile in conformità dell' articolo 319 del codice civile; 5° che gli atti di emancipazione e d'autorizzazione sie-

(1) Delvincourt, IV, pag. 289.

no registrati alla cancelleria ed affissi nella sala del tribunale di commercio del luogo in cui il minore intende di stabilire la sua residenza, e vi rimangono affissi durante un anno, non potendosi dal minore prima della registrazione ed affissione imprendere l'esercizio del commercio (art. 4 cod. di com.).

Adempiute le anzidette formalità i minori sono reputati maggiori e vanno soggetti all'arresto personale. Possono ipotecare i loro beni immobili; ma non possono alienarli, se non osservando le formalità stabilite dall'art. 319 cod. civile (art. 6 d. cod. di com.). Secondo le leggi napolitane del 1819 i mercanti di età minore autorizzati nei modi prescritti dalle medesime, potevano per cagione del loro commercio obbligare, ipotecare ed anche vendere i loro beni stabili senza alcuna delle formalità prescritte dal diritto civile (art. 7).

TITOLO X.

DELLA MAGGIORE ETÀ, DELL' INTERDIZIONE E DELLA INABILITAZIONE.

CAPO I.

Della maggiore età.

§ 469.° Dopo aver trattato della età minore e della emancipazione, è d' uopo discorrere della età maggiore, e delle cause per le quali l'uomo, tuttochè uscito dalla età minore, pure aggravato da malattia di spirito che gli toglie la ragione in tutto ovvero in parte, lo fa ricadere sotto il patrocinio del tutore o del curatore.

§ 470.° Avendo la legge fissato il periodo dell'età minore agli anni ventuno compiuti, ne consegue che si considera maggiore di età il cittadino che ha varcato quel limite, cioè ha compiuto gli anni ventuno. Egli diviene capace di esercitare liberamente tutti gli atti della vita civile (art. 323); eccettuati quelli pei quali la legge richiede l'età maggiore dei venticinque anni, come pel matrimonio, ed il consenso dei genitori per prendere alcuno in adozione qualunque sia la età del figlio (art. 208).

§ 471.° Abbiamo già osservato che secondo il diritto romano l'età maggiore si prolungava fino a venticinque anni; pel codice austriaco vigente a 24; per le leggi toscane del 1814, pel regolamento pontificio e per le leggi francesi si usciva dalla età minore a ventuno anni; per le nostre leggi napolitane del 1819 si era maggiore anche ad anni ventuno; salvo le eccezioni stabilite nel titolo del matrimonio e della patria potestà. In Turchia si è maggiore a 15 anni; per diritto siculo antico a diciotto. In queste nostre provincie meridionali i feu-

datari erano maggiori al decimoquarto anno; il che fu modificato dalla prammatica del 31 maggio 1597, che la fissò a diciotto anni secondo il diritto comune, come risulta dalla seguente legge: *Minores autem tam masculos, quam feminas intelligimus eos casos, qui, vel quae modum aetatis suae decimum octavum annum excesserint, quo completo, ipsos tam in contractibus, quam in iudiciis, et in omnibus perfectae aetatis volumus reputari* (1).

CAPO II.

Dell' Interdizione.

§ 472.° Fra le infermità più miserevoli a cui l' uomo può andar soggetto, vi ha quella che lo priva del bene dell' intelletto, e lo riduce talvolta in una condizione peggiore dei bruti; i quali obbedendo alla provvida legge del naturale istinto, tengono una guida che li manoduce nelle varie necessità dell' esistenza. Degl' infelici alienati, che, sebbene usciti dalla età minore, continuano nello stato di perpetua infanzia, e che più di fanciulli abbisognano della tutela della famiglia e della società, le leggi di tutti i popoli presero sempre sollecita cura. La *interdizione* e la *inabilitazione* sono i due rimedii coi quali la legge, uniformemente ai codici anteriori, viene in soccorso degl' infermi di mente e dei prodighi, tenendo conto del diverso grado delle malattie di spirito, onde i primi possono essere affetti. La interdizione ripone il maggiore alle stesse condizioni del minore non emancipato, e lo affida alla cura del tutore: la inabilitazione riduce l' individuo che ne è l'obbietto allo stato del minore emancipato. Secondo le leggi romane l'infermo di mente non era interdetto, ma sottoposto al curatore. Questo sistema si mantenne costante in Italia sino alla introduzione del codice Napoleone: e dopo che questo cessò di avere vigore, vi si ripristinò, se si eccettuano queste nostre provincie meridionali, dove si conservò il sistema francese. Alla stessa vigilanza del curatore era sottoposto il prodigo che fa sperpero delle sue sostanze; anzi quest'ultimo vi era sottoposto con una formola severa, che scolpiva al vivo i caratteri della prodigalità, funesti a lui, alla famiglia ed alla società: *Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua dispendis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico* (2). Gli altri codici italiani, compreso il ticinese con le leggi pubblicate in Toscana nel 1814, e vari codici stranieri, quali sono quelli di Prussia (art. 28), di Olanda (art. 487) del Cantone di Vaud (art. 238) e di Austria (art. 270) adottarono l' interdizione del prodigo. Lo stesso aveva proposto quella commissione composta di distinti magistrati di varie provincie d'Italia, la quale elaborò il primo progetto

(1) Const. minorum iura, tit. de rest. minor.
(2) Paulus Recept. Sent. lib. 3 tit. 4 § 7.

di codice civile che venne presentato al Parlamento; ma lo stesso non fu accettato; e ciò con savio pensamento, essendovi gran divario tra l'infermo di mente che perde la coscienza di sè stesso, ed il prodigo che senza mancare della intelligenza fa cattivò uso delle sue sostanze.

§ 473.° Riguardo alla interdizione è d'uopo esaminare: 1° le sue specie; 2° le malattie di spirito per le quali possa aver luogo; 3° le persone che possono essere interdette; 4° quelle che hanno facoltà di avvanzarne la domanda; 5° il procedimento che all'uopo bisogna osservare; 6° gli effetti per rispetto alla persona ed alla validità degli atti fatti così prima come dopo la interdizione; 7° il modo con cui va tolta.

§ 474.° La interdizione è *legale* e *giudiziaria*. La prima si opera per virtù della stessa legge contro i rei dei più gravi reati (art. 3 leg. trans.) non sì tosto che la sentenza di condanna è divenuta irrevocabile in modo che si rende legale la sua esecuzione. La seconda è quella che vien pronunciata dai tribunali civili, qualunque sia il valore del patrimonio delle persone che si trovano in uno stato abituale di privazione di mente. Avendo noi già discorso della prima nel trattare della perdita dei diritti civili in conseguenza delle condanne penali, ci occuperemo ora della seconda soltanto.

§ 475.° Secondo le leggi francesi e quelle napolitane del 1819 poteva aver luogo la interdizione per lo stato di imbecillità, di demenza o di furore, quando anche un tale stato offrisse dei lucidi intervalli. La imbecillità è una debolezza di spirito che rende incapace l'uomo di concepire altre idee fuori di quelle che hanno relazione coi suoi fisici bisogni, segna lo indebolimento delle facoltà morali, ed è nella maggior parte dei casi originaria, come le specie affini, quali sono l'idiotismo e la stupidità. La demenza importa l'uomo senza mente, consiste nel dissesto delle facoltà morali dipendenti dal dissesto degli organi cerebrali, ed offre l'uomo privo della coscienza di sè stesso. Lo spirito umano, allorchè gli organi si trovano in questo stato di anormalità, non si presta che a disordinati concepimenti. Il furore è la stessa demenza, ma spinta all'esaltazione; è una vera febbre del cervello che spinge l'uomo a degli atti pericolosi per sè e per gli altri; ma l'individuo che ne è affetto, gode dei lucidi intervalli, che ben di rado presenta il demente o l'imbecille.

§ 476.° Al contrario il codice italiano senza accettare delle indicazioni, le quali potevano essere scoverte monche o difettose nella pratica, ritiene per fondamento della interdizione ogni abituale infermità di mente che rende l'individuo incapace di provvedere ai propri interessi (art. 324). Si chiami adunque la malattia di spirito, imbecillità, demenza o furore, pazzia, manìa, monomanìa, idiotismo, stupidità, o con altra qualsiesi denominazione, purchè produca la perdita della coscienza in tutto ovvero in parte, ed impedisca all'individuo che ne è affetto di provvedere ai suoi interessi, ciò è quanto si richiede per farsi luogo alla interdizione. Egli appartiene al prudente arbitrio dei magistrati il

decidere se la infermità sia abituale, e renda in fatto la persona a cui si attribuisce incapace di provvedere ai propri interessi.

§ 477.° Nondimeno è utile osservare che non potrebbero considerarsi infermità abituali di mente le aberrazioni parziali di spirito, come pure il calore della passione, non avendo questo nulla di comune con la pazzia od altra qualsiesi malattia di mente. Al contrario se un individuo non si forma più intorno agli oggetti comuni le stesse idee che gli altri si formano, se non associa più quelle idee che ognuno associa, se non prova più le affezioni che fanno palpitare il cuore di tutti gli uomini, se perdette la rimembranza dei suoi rapporti personali i più familiari, ed i più cari, se ha sopra di sè stesso, sopra di un altro, sopra il suo stato, credenze smentite dall'universale opinione, noi diciamo di lui che è affetto da una malattia mentale, che è in istato di demenza (1).

§ 478.° L'interdizione può essere pronunziata contro il maggiore di età e contro il minore emancipato, qualunque sia la specie della emancipazione, essendo utile impedire a costui gli atti di amministrazione che la legge gli consente, ed i quali nello stato di un' abituale infermità di mente non potrebbe esercitare che a proprio danno. La interdizione può essere eziandio pronunciata contro il minore non emancipato nell'ultimo anno della sua età minore, e ciò per evitare che si spii il momento della sua età maggiore per impegnarlo in negozi civili nocivi ai suoi interessi (art. 325).

§ 479.° Le persone che hanno il diritto di provocare la interdizione sono in primo luogo i congiunti di qualunque grado, tra' quali non vanno compresi gli affini, essendo solo d'interesse delle persone componenti la famiglia il dimandarla. Non ne sarebbero però impediti per la stessa ragione i figli naturali riconosciuti che hanno diritto su la eredità del padre. In secondo luogo hanno diritto di provocarla il coniuge ed il pubblico ministero (art. 326). Tra le persone anzidette non vi ha alcun ordine di preferenza, e quindi il pubblico ministero può chiedere la interdizione di una persona, tuttochè abbia il coniuge ed i parenti. Il pubblico ministero volendo provocare l'interdizione agisce per via di azione principale, ed ove l'abbiano intentata i parenti ed il coniuge per via di conclusioni (art. 346 n. 3 proc. civ.). Crediamo senza interesse pratico il sapere se l'interdicibile possa in un momento di lucido intervallo chiedere da sè il provvedimento della interdizione, essendo assai rari, se non affatto impossibili, casi somiglianti. Ma offrendosi la circostanza di un individuo che volesse fare istanza nella mancanza di parenti, potrebbe rivolgersi al pubblico ministero che prenderebbe la iniziativa per evitare la strana anomalìa di un individuo che, rinunciando alla propria libertà, chiede la interdizione di sè stesso.

Oltre le persone enunciate, niun'altra può provocare la interdizione, essendo limitativa la disposizione della legge, e quindi non può la interdizione essere domandata dai creditori e cessionari.

(1) Rossi, Trat. di drit. pen. pag. 244.

§ 480.° Quanto alla procedura da seguirsi per ottenere la interdizione sono da osservarsi le seguenti regole: Quegli che vuole promuovere la interdizione, deve farne la domanda con ricorso al tribunale civile nella cui giurisdizione ha domicilio la persona sotto la quale è proposta (art. 836 proc. civ.). Se lo interdicibile sia un minore emancipato la domanda dev'essere diretta anche contro il curatore. Nel ricorso devono essere esposti in articoli i fatti su' quali si fonda la domanda, ed indicarsi i testimoni che la sostengono. Debbono inoltre aggiungervisi i documenti che valgono a giustificarla, qualora esistessero (art. 836 proc. civ.).

§ 481.° La interdizione non può essere pronunziata, se non dopo essersi ottenuto il parere del consiglio di famiglia o di tutela, e dopo essersi proceduto all'interrogatorio della persona da interdirsi (art. 327). Questo mezzo d' istruzione è molto opportuno per conoscersi dalle risposte della persona contro la quale la interdizione si è proposta, se deve o no essere accolta la domanda. Il consiglio di famiglia nel caso espresso è convocato dietro decreto renduto dal tribunale in camera di consiglio (art. 837 cod. proc. civ.). Il coniuge ed i discendenti dello interdicibile potendo avere interesse a fare pronunciare la interdizione, non possono far parte del consiglio di famiglia o di tutela, nè assistere alle sue deliberazioni fino a che non sia pronunziata sentenza definitiva. Nondimeno essi hanno il diritto di essere intesi a dare chiarimenti, poichè trovandosi quotidianamente presso l'infermo possono offrire sul di lui stato i chiarimenti più opportuni (art. 327).

§ 482.° L' interrogatorio ha luogo in camera di consiglio. Se per impedimento legittimo il convenuto non possa presentarsi davanti il tribunale nel giorno stabilito, il presidente delega un giudice, il quale si trasferisce, con l'intervento del ministero pubblico, nel luogo in cui la persona si trova, per interrogarla. Dell'interrogatorio dee redigersi un processo verbale che deve contenere: 1° l' indicazione dell' anno, del mese, giorno e luogo; 2° il nome e cognome, il domicilio o la residenza delle parti; 3° la data del decreto che stabilì il giorno dell'interrogatorio, e la data della notificazione fatta a norma dell'articolo 837; 4° se sia stato delegato un giudice, la data del decreto di delegazione; 5° le interrogazioni fatte e le risposte date. Il processo verbale è sottoscritto dal convenuto, dal pubblico ministero, dal presidente o giudice delegato e dal cancelliere (art. 838 cod. proc. civ.). Se poi il convenuto non comparisce nel giorno stabilito per l'interrogatorio, o ricusi di rispondere, si farà il tutto constatare da apposito verbale onde il tribunale possa dare gli analoghi provvedimenti.

§ 483.° Dopo l'interrogatorio la causa si porta all'esame del tribunale per gli opportuni provvedimenti. Nel giudizio d'interdizione o di inabilitazione, o di revoca dell'una o dell'altra, in quanto non sia regolato da espresse disposizioni, si osservano le norme del procedimento formale, salvo che per ragioni di urgenza sia autorizzato il procedimento sommario. Non può essere pronunziata sentenza, se non sentito

il pubblico ministero (art. 843 cod. proc. civ.). Se il tribunale, oltre il parere favorevole del consiglio di famiglia, trova nell'interrogatorio quanto basta per rigettare o per accogliere la domanda, provvede coerentemente, senza bisogno di altra istruzione, specialmente nel caso di contumacia del convenuto. Se poi crede che siavi luogo ad ordinare una prova testimoniale, o di sentire il parere dei medici, decide analogamente. Il tribunale nell'ammettere la prova testimoniale può ordinare che l'esame dei testimoni si faccia senza la presenza del convenuto. In questo caso deve intervenire all'esame il pubblico ministero, e vi può assistere il procuratore o l'avvocato del convenuto e il curatore che gli sia stato nominato (art. 840 cod. proc. civ.).

§ 484.° Dopo l'interrogatorio e prima di raccogliersi la prova testimoniale il tribunale deputa, se occorre un curatore temporaneo, affinchè prenda cura della persona contro la quale fu chiesta la interdizione, e dei suoi beni (art. 328). Questo amministratore ha il solo potere di compiere gli atti conservatorî e di urgenza. Le sue funzioni vengono a cessare nel caso di rigetto della domanda d'interdizione per la morte della persona contro cui è proposta, o per l'ammissione della domanda, dovendosi in tal caso dar luogo alla nomina del tutore.

§ 485.° Avverso la sentenza del tribunale che pronuncia su l'interdizione può prodursi appello da chiunque aveva diritto di promuovere l'interdizione, e dev'essere diretto contro la persona di cui fu chiesta l'interdizione. Nel caso indicato nel capoverso dell'art. 839 l'appello è notificato anche al curatore. Il convenuto può appellare anche senza l'assistenza del curatore (art. 841 cod. proc. civ.).

La sentenza d'interdizione produce il suo effetto dal giorno in cui è pronunziata (art. 328). Laddove si è prodotto appello avverso la sentenza che ritiene l'interdizione, se questa è confermata gli effetti hanno principio del pari dal dì della sentenza di prima istanza, non dal dì in cui è confermata in grado di appello (1). Le sentenze poi che pronunciano l'interdizione, o la inabilitazione, o la revoca, dell'una o dell'altra, passate in giudicato, si trasmettono per estratto a cura del pubblico ministero, alle cancellerie di tutti i tribunali civili per essere affisse nella sala pubblica d'aspetto, previa trascrizione in registro apposito, che può essere esaminato da chiunque ne faccia domanda, il tutto nei modi stabiliti dal regolamento (art. 844). Codesta pubblicità è diretta ad avvertire la società del cangiamento di stato della persona, con la quale non si può contrattare per essere rimasta priva della sua capacità.

§ 486.° L'interdizione produce effetti per rispetto allo stato della persona contro cui è proferita, e per gli atti dalla medesima compiuti. Quanto allo stato l'interdetto è assimilato al minore non emancipato, e ricade sotto tutela. Abbiamo già avvertito che secondo il diritto romano non si dava il tutore, ma il curatore all'interdetto, il quale per

(1) Aubry e Rau, 1 § 125.

altro dovea anche interessarsi della persona e della salute dell'infermo. *Consilio ei opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi* (1).

§ 487.° La tutela dell'interdetto può essere testamentaria, legittima o dativa. La prima ha luogo se il padre ha nominato il tutore al figlio col testamento o con un atto notarile (art. 330). Questo diritto si spetta al genitore superstite, sia il padre, sia la madre, non diversamente di ciò che ha luogo per la nomina del tutore al figlio minore. Sebbene in principio generale dopo la età maggiore del figlio non vi potesse essere nomina di tutore col testamento, pure la legge considerando l'infermo di mente in uno stato di prolungamento d'infanzia, autorizza il genitore nella previsione di dover essere interdetto il figlio a nominargli un tutore di sua fiducia.

§ 488.° La tutela legittima è in primo luogo deferita al coniuge dell'interdetto, sia il marito, sia la moglie; il che va determinato sia per la dovuta assistenza che un coniuge deve all'altro, sia per evitare che delle persone estranee si frappongano fra' due coniugi. Il diritto romano non bene consultando i precetti di natura, negava al marito di essere tutore della moglie interdetta: *Maritus etsi rebus uxoris suae debet actionem, tamen curator ei creare non potest* (2). *Visum uxori mentecaptae curatorem dari non oportet* (3). *Nemo potest curator esse sponsus sponsae* (4). Egli è necessario che il coniuge della persona interdetta sia di età maggiore e nel pieno esercizio dei suoi diritti, nè dev'essere separata legalmente dal coniuge interdetto, perchè in tal caso mancherebbero le ragioni per le quali si fa luogo a quella nomina (art. 330). Se poi l'interdetto non abbia coniuge, o questi non possa esserne tutore legittimo, la tutela del medesimo è deferita dalla legge al padre, ed in mancanza alla madre, non essendovi persona più idonea dopo il coniuge ad aver cura della persona e del patrimonio dell'interdetto (art. 330).

Finalmente se dopo essersi pronunziata la interdizione manchi la tutela testamentaria e la legittima, si farà luogo alla tutela dativa; come pure se in qualunque tempo dopo pronunziata l'interdizione verrà a cessare la tutela testamentaria o la legittima.

Le cause d'incapacità, di esclusione, rimozione o dispensa dall'obbligo di accettare la tutela dell'interdetto, sono regolate dalle stesse norme stabilite per la tutela dei minori; come pure la formazione e le attribuzioni del consiglio di famiglia o di tutela, e la nomina e le funzioni del protutore. Senonchè nessuno, ad eccezione dei coniugi, degli ascendenti o dei discendenti, sarà tenuto di continuare nella tutela dell' interdetto oltre dieci anni, potendo durare tutta la vita dell' in-

(1) L. 7 Dig. de curat.
(2) L. 2 Cod. qui dare tut.
(3) L. 14 Dig. de curat.
(4) L. ult. § ult. Dig. de escusat. tut.

terdetto, e non era giusto di obbligarvi un tutore diverso da alcuno degli stretti congiunti sopra enunciati a continuarla (art. 333).

§ 489.° Il tutore dell'interdetto va soggetto in generale agli stessi obblighi del tutore che si dà al minore. Egli è quindi tenuto a fare l'inventario, a far determinare dal consiglio di famiglia o di tutela la spesa annua pel mantenimento dell'interdetto; come pure se deve essere curato in propria casa od in qualche ospizio di dementi, ed a dare cauzione, eccetto se non sia il padre o la madre (arg. art. 292); Il coniuge, quantunque sia tutore legittimo è soggetto all'obbligo della cauzione, non potendosi giovare dei motivi di dispensa riconosciuti a favore dei genitori; ma crediamo che il consiglio di famiglia lo possa dispensare, come gli è lecito di fare anche per rispetto agli estranei.

Quanto alle facoltà del tutore dell' interdetto, esse non sono diverse da quelle del tutore del minore. Egli può fare da solo gli atti di semplice amministrazione; per gli altri ha bisogno dell'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela; e per gli atti di alienazione, pegno o divisione di beni, ha bisogno inoltre dell'approvazione del tribunale civile.

Le leggi relative alla tutela dei minori sono applicabili a quelle dell'interdetto, eccetto talune regole speciali, come il non potersi protrarre la durata della tutela oltre i dieci anni, allorchè è esercitata da persona diversa dal coniuge, dagli ascendenti o discendenti, come un fratello, uno zio, un prozio, od un estraneo (art. 333). Inoltre il tutore dell'interdetto, a differenza del tutore del minore, non è tenuto a far vendere i mobili che servono all' uso della famiglia, giacchè ricuperando la salute lo interdetto ha bisogno dei mobili che guarniscono la sua abitazione (art. 332). Da ultimo il consiglio di famiglia o di tutela ha un potere che la legge non concede al tutore del minore, ed è quello di regolare la dote, e le altre convenienze matrimoniali dei figli dell' interdetto, non essendo al caso di potervi adempiere da se stesso (art. 334).

§ 490.° Ammessa la interdizione e ridotto l' interdetto nello stato di tutela, diviene incapace di fare qualunque atto al modo stesso che n'è incapace il minore. Nondimeno la incapacità dell'interdetto è più estesa, poichè il minore può far testamento all' età di anni diciotto; per essere restituito in intero ha bisogno di dimostrare di essere stato leso, e può contrarre il matrimonio; mentre tutti codesti atti sono impediti all'interdetto. Il tutore agendo in sua vece, compie da se solo gli atti di pura e semplice amministrazione, ma ha bisogno dell'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela per gli atti di diversa natura, ed inoltre dell' approvazione del tribunale per quelli di alienazione, di pegno, divisione, e per prendere danaro a mutuo.

§ 491.° Quanto agli atti fatti dalla persona contro la quale è pronunciata la interdizione, fa d' uopo distinguere quelli eseguiti dopo la sentenza o la nomina dell'amministratore provvisorio, e gli altri fatti anteriormente.

I primi sono nulli di pieno diritto, cioè devono essere necessariamente annullati, senza che possa eccepirsi di essere stati fatti in momenti di lucidi intervalli, o che non arrechino pregiudizio all'interdetto; senonchè la nullità non si opera *ipso facto*, ma dev'essere pronunziata nei modi di legge. Se l' atto non viene impugnato dopo i cinque anni dalla rivoca della interdizione, soggiace alla prescrizione (art. 1300). Anche per diritto romano gli atti fatti prima dell' interdizione erano nulli se compiuti nell'accesso del morbo; se poi la prova doveasi desumere dall'atto stesso, potevasi l'atto anche dopo la morte della persona impugnare per insania o per furore (1).

Siffatta nullità derivando da incapacità della persona è relativa, e non può essere proposta che dal tutore, dall'interdetto dopo aver ripreso l' esercizio dei suoi diritti, e dai suoi eredi od aventi causa, non già dalle persone che hanno contrattato con lui (art. 335). Nulla rileva che gli atti sieno fatti nei lucidi intervalli, poichè la legge non tiene conto di quelli posteriori alla interdizione, essendovi la presunzione della mancanza di capacità dichiarata con la sentenza che accolse la domanda d' interdizione.

Quando gli atti sieno anteriori alla interdizione, bisogna vedere se sieno impugnati durante la vita della persona o dopo la morte. Nel primo caso gli atti possono essere annullati ad istanza del tutore dell'interdetto, dello stesso interdetto che abbia ripreso l'esercizio dei suoi diritti, e dei suoi aventi causa, allorchè si verificano le seguenti condizioni: 1° Che la causa della interdizione sussistesse al tempo in cui avevano luogo gli atti medesimi; 2° Che o per la qualità del contratto o per il grave pregiudizio che ne sia derivato o ne possa derivare all'interdetto, od altrimenti, risultasse la mala fede di chi ha trattato col medesimo (art. 336). Codeste due condizioni debbono concorrere insieme, sicchè mancando una di esse l'atto rimane valido, cioè se sussisteva la causa dell'interdizione, ma fu ignorata da colui che contrattò con l'interdetto. L'obbligo della prova è a carico di colui che attacca l'atto secondo la regola generale, che richiede l'obbligo della prova da colui che agisce con l'azione di nullità. Nei casi dubbii si giudicherà anche per la validità dell'atto e contro l'attore, non essendo giusto di turbare i diritti già acquistati in forza di atti legalmente stipulati pel solo dubbio della loro efficacia.

§ 492.° Dopo la morte dell' individuo gli atti non possono essere impugnati per infermità di mente, se non concorrendovi le seguenti due condizioni: 1° Che l' interdizione sia stata promossa prima della morte dell'infermo che li ha sottoscritti; 2° Che la prova della infermità risulti dall'atto stesso che viene impugnato, per essere lesivo degl'interessi dell'interdetto (art. 337); altrimenti si presume che quell'uomo durante la vita del quale non ha sofferto domanda d'interdizione, sia morto nella pienezza dei diritti, e gli atti fatti dallo stesso non

(1) L. 5, Cod. de codicill.

possono impugnarsi sul motivo della infermità di mente, anche perchè morto l'interdicibile, non si può procedere all'interrogatorio, che è molto adatto ad assicurare il vero stato della sua mente. Nella concorrenza delle enunciate condizioni gli atti possono essere impugnati.

§ 493.° Nondimeno ciò va inteso per gli atti a titolo oneroso, non per quelli a titolo gratuito, pei quali la legge segna delle eccezioni in vista della importanza degli atti stessi, coi quali si trasmette tutta o parte della propria fortuna. Sono quindi incapaci di testare: 1° gl'interdetti per infermità di mente; 2° quelli che quantunque non interdetti, si provi non essere stati sani di mente nel tempo in cui fecero il testamento. Siffatta incapacità nuoce alla validità del testamento solamente nel caso che sussistesse al tempo in cui fu fatto (art. 763). Lo stesso dee osservarsi per rispetto alla capacità di far donazione (art. 1052). Il testamento o la donazione può attaccarsi dopo la morte del donante, senza bisogno di dimostrare di essersi iniziato il giudizio d'interdizione vivente il donante od il testatore. Ma solo è d'uopo assodare che nel tempo in cui gli atti furono fatti, l'uno o l'altro non era sano di mente, per alcuna delle malattie di spirito di sopra enunciate.

§ 494.° L'interdizione dev' essere rivocata quando venga a cessare la causa che vi abbia dato luogo (art. 338); poichè l'interdetto ricuperando la ragione dev'essere ammesso a ripigliare i suoi diritti: *Tamdiu erit furiosus in curatione, quamdiu sanitatem receperit. Quod si evenerit, ipso iure desinit esse in potestate curatoris* (1); ma la rivocazione dee essere giuridica, poichè se è stata pronunziata con sentenza, con egual sentenza dee essere rivocata. La rivoca può aver luogo ad istanza dei parenti, del coniuge o del pubblico ministero. A tale effetto il consiglio di famiglia o di tutela dovrà vegliare per riconoscere se continui la causa dell'interdizione (art. 338). Laddove riconosca che sia cessata, deve dichiararlo con deliberazione, la quale dev'essere trasmessa dal pretore al procuratore del re. Per la rivoca dell' interdizione debbono osservarsi le norme stabilite per provocarne la dichiarazione (art. 842 cod. proc. civ.). La revoca deve essere domandata con ricorso al tribunale civile nella cui giurisdizione è domiciliato il tutore dell'interdetto, non avendo costui domicilio a se dopo sottoposto ad interdizione. L'appello dalla sentenza che revoca l'interdizione, può essere proposto da chiunque aveva diritto di promuovere l'interdizione, e anche dai membri del consiglio che abbiano espresso avviso contrario alla revoca, volendo la legge che molti concorressero a restituire ad un cittadino la capacità che nel solo fine di meglio proteggerlo gli era stata tolta (art. 843 cod. proc. civ.). La sentenza di rivoca dee esser parimenti pubblicata, onde sappia la società che quel cittadino che era stato interdetto ha cessato di esserlo, ed è ritornato nel pristino godimento dei suoi diritti (art. 844 cod. proc. civ.).

(1) L. 1 Dig. de curat. furios.

Ove poi il male ricomparisse, dee l'individuo essere novellamente interdetto.

CAPO III.

Dell' inabilitazione.

§ 495.° La legge riconosce due specie d'inabilitazione, la *giudiziaria* e la *legale*.

L' inabilitazione giudiziaria è quell' istituto giuridico per effetto del quale il prodigo o l' infermo di mente, il cui stato non sia talmente grave da dar luogo all' interdizione, è privato di esercitare da per se stesso gli atti espressamente enunciati dalla legge.

La inabilitazione legale è stabilita pei sordi muti ed i ciechi dalla nascita, tuttochè pervenuti alla età maggiore (art. 340), reputandosi per siffatti vizî incapaci di compiere gli atti più interessanti. Codesta inabilitazione la vediamo con pena introdotta nel codice, appunto in un'epoca in cui i mirabili progressi della scienza, offrono i mezzi più acconci alla istruzione del sordo muto; il quale se manca del dono della parola tiene quel linguaggio naturale per via di gesti, o segni uniformi ed invariabili, che parla ai sensi, scuote l'immaginazione, dipinge allo spirito. Del resto la presunzione della legge dee cedere alla prova contraria, ed essendovi sordi muti o ciechi dalla nascita con sufficiente istruzione, possono domandare al tribunale essi stessi od i loro curatori di essere dichiarati abili a provvedere alle proprie cose, ed assimilati ai maggiori di età (art. 340).

§ 496.° Nel diritto romano i prodighi erano assimilati ai furiosi, e loro si destinava un curatore. Al tempo della discussione del codice civile si riprodusse la disputa se il prodigo dovesse essere o no pienamente interdetto, e sottoposto al regime di tutela. Alcuni avvertirono non esser vero che interdicendo al prodigo gli atti che superano i limiti della semplice amministrazione, si tutelino sufficientemente gl'interessi della famiglia, perchè tutti sanno in quale intralciata posizione può trovarsi ravvolto il prodigo per effetto dei soli atti di amministrazione che la legge gli consente. Il prodigo avendo l'amministrazione dei propri beni, il godimento delle sue rendite, venderà i propri mobili, lascerà deperire gli stabili per difetto di manutenzione e di coltura, ed aumenterà fuor di misura i pesi della propria amministrazione. La ragione esige adunque che sia tolta al prodigo anche la semplice amministrazione (1). Altri dissero che interdire al prodigo anche l' amministrazione dei beni, sarebbe lo stesso che portare offesa al diritto di proprietà, che consiste anche nell' abusare della propria cosa; che essendo ben diverso il vizio della prodigalità dalla perdita della ragione, era logico e ragionevole di assoggettare il prodigo al solo trattamento

(1) Buniva, pag. 165.

giuridico della inabilitazione. Altri vogliono tolta ogni misura contro il prodigo, allorchè manchi il coniuge o gli eredi legittimi, dovendo essere riconosciuta la restrizione del diritto contro di lui solo in considerazione della famiglia (1). Noi crediamo che alla enumerazione di siffatti congiunti dovrebbero essere inclusi i fratelli, attesa la loro intima relazione di parentela col prodigo, non dovendo lo stesso sottoporsi all'inabilitazione negli altri casi, essendo molto utile agl' interessi generali della società che i cittadini si abituino a sostenere la responsabilità dei propri atti ed a subirne le conseguenze.

Secondo le leggi di Atene il prodigo era dichiarato infame ed allontanato dalle assemblee cittadine. Altri popoli della Grecia lo privavano della sepoltura dei suoi antenati. Le leggi napolitane del 1819 (art. 436) e le leggi francesi (art. 513) sottoponevano il prodigo al consulente giudiziario, e non riconoscevano la inabilitazione legale del sordo muto e del cieco della nascita.

§ 497.° La prodigalità secondo i moralisti consiste nello sperpero inconsiderato delle proprie sostanze. Quanto a noi non crediamo possibile determinare al riguardo regole generali, dovendo quella ritenersi secondo la fortuna dell'individuo, la sua posizione sociale, e le circostanze di età e di occasione per le quali sono fatte delle spese, che si denunciano a sostegno della domanda d' inabilitazione.

§ 498.° Quanto alle persone da sottoporsi alla inabilitazione, non è dubbio potervi soggiacere non solo il maggiore di età, ma anche il minore emancipato, poichè la legge non fa alcuna distinzione al riguardo. Senonchè ove fosse emancipato volontariamente può essere privato del beneficio conferitogli per lo abuso fattone. Nondimeno potrebbe aver luogo la inabilitazione del minore propriamente detto, nell'ultimo anno della età minore, per evitare che alcuno spiasse il momento in cui esce da quella età per trarlo in negozi ruinosi ai propri interessi (arg. art. 325). Può essere inabilitato così l'uomo come la donna, sia vedova sia maritata, poichè l' autorità maritale non rende inabile la moglie quanto la inabilitazione, la quale permette i soli atti di semplice amministrazione; mentre la donna può vendere i mobili, acquistare dei beni, convenir la divisione dei beni, e compiere altri atti che sono impediti all' inabilitato.

§ 499.° L'inabilitazione può essere domandata da quelle stesse persone che hanno diritto di promuovere l'interdizione, cioè dal coniuge, da qualsiasi congiunto, e dal pubblico ministero (art. 339 e 326). Per contrario essa non può essere richiesta dallo stesso prodigo o da colui che è parzialmente infermo di mente.

§ 500.° Il procedimento per far dichiarare l'inabilitazione del prodigo o dell' infermo parziale di mente è quel medesimo che la legge riconosce per far dichiarare la interdizione. La domanda è fatta con ricorso al tribunale nel quale si espongono i fatti in articoli separati,

(1) Huc. — Stud. di leg. com. pag. 82.

e vi si uniscono i testimoni ed i documenti che la sostengono (art. 836 cod. proc. civ.). Sottoposto il ricorso all'esame del tribunale, se esso non rigetti puramente e semplicemente la domanda, ordina la convocazione del consiglio di famiglia o di tutela per le sue deliberazioni (art. 837 det.). L'interrogatorio ha luogo in camera di consiglio, eccetto il caso in cui per ragione d' impossibilità di presentarsi della persona contro la quale è fatta la domanda, si destini un giudice che insieme al pubblico ministero si trasferisce presso l' infermo. Nel caso in cui si fa luogo ad ordinare una prova testimoniale vi si provvede nel modo ordinario, e non può essere pronunziata sentenza se non sentito il pubblico ministero (art. 843 d.). Finalmente le sentenze che pronunziano la inabilitazione o la revoca della stessa, dopo passate in giudicato, si trasmettono per estratto a cura del ministero pubblico alle cancellerie di tutti i tribunali civili per la debita affissione (art. 844 det. cod.).

§ 501.° Gli effetti della inabilitazione vogliono considerarsi per rispetto alla persona, ed agli atti dei quali l' inabilitato rimane impedito. L'inabilitato va soggetto all' assistenza del curatore che vien nominato dal consiglio di famiglia o di tutela (art. 339) ; il quale ne integra la personalità giuridica in tutti quegli atti pei quali la legge richiede la sua assistenza. Può essere nominato all' ufficio di curatore ogni persona che può essere curatore del minore emancipato (art. 268). L'ufficio di curatore dell' inabilitato, a differenza di quello del tutore o del protutore, non è obbligatorio, ma facultativo, e malgrado l'accettazione fatta della cura dell' inabilitato, può dopo rinunciarvi (arg. articolo 274) (1). Non crediamo però che il consiglio di famiglia possa assegnare uno stipendio al curatore, poichè niuna legge a tanto lo autorizza, ed in genere gli uffizi tutelari sono gratuiti di loro indole (2).

§ 502.° Le funzioni del curatore dello inabilitato consistono nell' assistere costui negli atti che non può fare da se solo, non già di rappresentarlo come fa il tutore (art. 339). Non può in conseguenza stipulare atti in sua vece o rappresentarlo in giudizio; ma in ciascun atto di quelli indicati dalla legge, dee essere inteso l' inabilitato ed il curatore che lo assiste, e che la legge chiama ad integrarne la personalità giuridica. Il curatore può dare il suo consenso con l' atto stesso o con atto separato. Solo un atto posteriore di ratifica del contratto fatto dall' inabilitato non adempirebbe il voto della legge per la massima *ex non obligato faveret obligatum*. Oltre l' assistenza del curatore, non è richiesta alcuna autorizzazione del consiglio di famiglia per rendere validi gli atti di qualunque natura che si compiono dallo inabilitato assistito dal suo curatore. Se poi gli atti compilati dallo inabilitato mostrassero tale disordine mentale da essere insufficiente il

(1) Aubry e Rau I § 38 pag. 564.
(2) Vedi la relazione ufficiale da noi riportata a pag. 183.

rimedio della inabilitazione, si potrà domandare il provvedimento radicale della completa interdizione.

§ 503.° L'inabilitato diviene incapace di stare in giudizio, fare transazioni, prendere danaro a mutuo, ricevere capitali, rilasciare liberazioni, alienare od ipotecare i suoi beni, e fare qualunque altro atto che ecceda la semplice amministrazione (art. 339). Se il curatore rifiuta abusivamente di prestare la sua adesione ad alcuni atti all'inabilitato, questi può farne richiamo al consiglio di famiglia o di tutela, il quale potrà costringere il curatore a prestare la sua assistenza, o concederla lo stesso consiglio, o nei casi di continuo rifiuto ad atti necessari e ragionevoli, nominare altro curatore all'inabilitato (art. 320).

L'incapacità di stare in giudizio è assoluta, non potendo restarvi lo inabilitato, così da attore come da convenuto. L'incapacità di riscuotere i capitali importa pel curatore il diritto ed anche l'obbligo di esigerne e vegliarne il rinvestimento; quella relativa agli atti di alienazione comprende i beni di qualunque natura, sieno mobili od immobili, corporali od incorporali. L'inabilitato non può fare donazioni neppure con l'assistenza del curatore; eccetto le convenienze matrimoniali (art. 1052 e 1337). Non può accettare donazioni o legati soggetti a pesi o condizioni, nè a procedere a divisioni definitive.

Tranne gli atti enunciati l'inabilitato conserva il libero esercizio dei suoi diritti. Egli può quindi percepire le sue rendite, prendere e far dare in affitto i beni, così mobili come immobili per un tempo non maggiore di nove anni; fare contratti per la conservazione, riparazione e miglioramento dei suoi beni. Può contrarre matrimonio, riconoscere un figlio naturale, fare testamento, e prendere in adozione (1).

L'inabilitazione giudiziaria produce il suo effetto dal giorno della sentenza, quand'anche la nomina del curatore abbia luogo posteriormente (arg. art. 328).

§ 504.° Gli atti compiuti dall'inabilitato dopo la sentenza senza l'assistenza del curatore, sono affetti di nullità relativa; la quale non può essere proposta che dall'inabilitato, dai suoi eredi od aventi causa, ma non da quelli che contrattarono con lui (art. 341); poichè niuno puo trarre giovamento dal difetto dell'altrui incapacità fondata sopra un vizio parziale di mente, e su lo stato di prodigalità. Solo la interdizione per causa di pena si può opporre da chiunque vi abbia interesse, essendo fondata sopra ragioni d'interesse generale, comechè diretta a garentire la piena efficacia della punizione (art. 1107). Quanto agli atti fatti anteriormente alla sentenza che dichiara l'inabilitazione, essi non possono essere annullati pel motivo che al tempo in cui furono fatti esisteva già la causa dell'inabilitazione (2). La ragione di siffatta differenza fra gli atti anteriori alla interdizione e quelli

(1) Marcadè, art. 513, Aubry e Rau I § 1. 140 pag. 572.
(2) Demolombe, VIII, pag. 662; Duranton, III. pag. 781; Marcadè, art. 513.

fatti prima della inabilitazione consiste in ciò che la causa di questa, cioè il difetto parziale di mente o il vizio della prodigalità, non sono così appariscenti, come la totale infermità di mente, la quale poteva essere avvertita da chiunque, ed indurlo a non contrattare col demente, con l'imbecille o col furioso. Del resto non mancano degli scrittori i quali tengono per l'opposto avviso, sul motivo che se tali atti furono sottoscritti a favore di colui cui era nota la domanda vi sarebbe il vizio di un dolo personale (1). Al contrario se si tratti della inabilitazione legale per rispetto ai sordi muti o ciechi dalla nascita, gli atti fatti da costoro sono sempre annullabili, quando il tribunale non li abilitò a contrattare nel modo prescritto dalla legge.

§ 505.° L'inabilitazione finisce con la rivoca fondata su la cessazione della causa per la quale fu pronunziata (art. 342). Il procedimento da serbarsi al riguardo è lo stesso di quello osservato per far dichiarare la inabilitazione; ed il tribunale competente a provvedere per la rivoca è quello stesso che ha pronunciato l'inabilitazione, poichè la rivoca è l'ultima fase del giudizio sia d'interdizione, sia d'inabilitazione (ar. 342 e 842 e seg. cod. proc. civ.). La funzione del curatore cessa con la sua rinuncia, incapacità sopravvenuta, rimozione o morte; ma durante il suo esercizio i beni non sono sottoposti ad ipoteca legale, poichè egli non amministra, ma gli atti puri e semplici di amministrazione si esercitano dallo stesso inabilitato senza l'assistenza del curatore.

TITOLO XI.

DEI REGISTRI DELLE TUTELE DEI MINORI O DEGLI INTERDETTI, E DELLE CURE DEGLI EMANCIPATI OD INABILITATI.

§ 506.° Questo titolo del codice civile trae la sua origine dagli aboliti codici anteriori, già vigenti in alcune provincie del regno. Presso ogni giudicatura di mandamento vi saranno registri nei quali si dovranno annotare tutti i principali atti della gestione dei tutori e dei curatori da principio alla fine. L'utilità di questi registri che si trovano prescritti dal codice austriaco è evidente, poichè essi somministrano al giudice, al consiglio di famiglia ed al minore fatto maggiore, all'interdetto od inabilitato restituito alla libera amministrazione, il modo di conoscere ed apprezzare l'andamento ed i risultati della tutela e della cura (2). Il professore Huc chiama importante innovazione inaugurata dal codice italiano, quella relativa ai registri delle tutele e delle cure, e ciò perchè in conseguenza della pubblicità di tali

(1) Toullier vol. II.
(2) Relazione del senatore Vigliani.

registri i terzi e lo stesso minore divenuto maggiore, seguono in una certa guisa passo passo la tenuta amministrazione (1).

§ 507.° In conseguenza delle cose esposte in ciascuna pretura deve essere tenuto un registro delle tutele dei minori e degl' interdetti, ed un altro delle cure degli emancipati od inabilitati (art. 343). I registri sono tenuti in carta libera (art. 349 capov.). Ogni tutore o curatore deve fare iscrivere nel registro la tutela o la cura entro quindici giorni da quello in cui l'abbia assunta; ma la tutela legale attribuita ai genitori non è soggetta ad alcuna iscrizione. Tutti i membri del consiglio di famiglia o di tutela debbono vegliare perchè la iscrizione venga eseguita. Il pretore può ordinare d' uffizio l'iscrizione (art. 344). Il registro delle tutele deve contenere per ciascuna di esse un capitolo speciale nel quale deve annotarsi:

1° Il nome e cognome, la condizione, l' età e il domicilio della persona soggetta alla tutela;

2° Il nome e cognome, la condizione e il domicilio del tutore, del protutore e degli altri membri del consiglio di famiglia o di tutela.

3° Il titolo che conferisce la qualità di tutore e di protutore, e la sentenza che pronunzia l'interdizione;

4° Il giorno in cui si è aperta la tutela;

5° La data dell' inventario;

6° La data dell'adunanza del consiglio e l'oggetto delle prese deliberazioni. Inoltre deve tenervisi nota degli stati annuali dell' amministrazione del tutore e dei loro risultati. Infine, trasferendosi la sede della tutela in altra pretura, deve farsene dal tutore dichiarazione nel registro di quello che abbandona, e procurarne l' iscrizione nel registro dell' altra in cui viene trasferita (art. 345-347).

Il registro poi delle cure degli emancipati od inabilitati deve avere per ciascuna di esse un capitolo speciale nel quale deve annotarsi:

1° Il nome, cognome, la condizione, l'età ed il domicilio della persona emancipata od inabilitata;

2° Il nome, cognome, la condizione ed il domicilio del genitore emancipante, o dei membri del consiglio di famiglia o di tutela che deliberarono l'emancipazione;

3° La data dell'emancipazione o della sentenza d'inabilitazione;

4° Il nome e cognome, la condizione e il domicilio del curatore nominato all' emancipato od inabilitato e dei membri del consiglio di famiglia o di tutela;

5° Il titolo che conferisce la qualità di curatore;

6° La data delle adunanze del consiglio, e l'oggetto delle prese deliberazioni. Le registrazioni si eseguiscono gratuitamente. È ufficio del pretore di vegliare la tenuta dei registri, e alla fine di ogni anno deve fare rapporto al procuratore del re circa i provvedimenti presi per ottenere l'esecuzione della legge (art. 349).

(1) Studi di legislazione comp. § 6, n. IX.

TITOLO XII.

DEGLI ATTI DELLO STATO CIVILE.

§ 508.° Dopo essersi discorso dello stato di cittadinanza e di famiglia, è d'uopo esaminare gli atti dello stato civile, che sono destinati a conservare la prova dei principali avvenimenti rispetto allo stato delle persone. Con opportuno consiglio il legislatore ha trasportata la materia degli atti dello stato civile al fine del libro che tratta delle persone, ad imitazione del codice parmense e modenese; avvegnachè la parte probatoria dee venire al seguito delle leggi costitutive di quei diritti che formano l'oggetto delle prove (1).

§ 509.° Gli avvenimenti principali che formano obbietto degli atti dello stato civile sono la nascita, il matrimonio e la morte; sono dessi che fissano lo stato delle persone, cioè la sorgente di tutti i diritti civili. Gli atti dello stato civile interessano l'individuo e la società; avvegnachè la nascita del cittadino,il suo stato di coniugato e la morte, non devono rimanere ignorati dalla pubblica autorità, fissando essi la individualità di ogui persona, il suo stato di cittadinanza e di famiglia, ed il momento in cui bisogna destinargli un altro soggetto al tempo del decesso, la cui epoca serve a determinare le persone abili a succedere. D'altronde egli è necessario conoscere se un individuo sia maggiore o minore; se appartiene ad una famiglia o ad un'altra; se vi è unito con vincolo legittimo o naturale soltanto; se ha ancora il padre, la madre o gli altri ascendenti; se ha contratto matrimonio o no; ed è appunto per constatare siffatte circostanze che la legge ordina la formazione degli atti diretti a provare la nascita, la filiazione, il matrimonio e la morte di ciascun individuo, al complesso dei quali vien dato il nome di atti dello stato civile (2).

La prova dei principali avvenimenti su lo stato delle persone, è inoltre di pubblico interesse, poichè la mercè di essa si conosce il numero della popolazione, non che l'aumento e diminuzione della stessa, il numero degl'individui marciabili; e lo statista vi attinge altre notizie di sommo interesse alla retta amministrazione della cosa pubblica. Con saviezza adunque la legge civile ha fissato il modo di assicurazione dei principali avvenimenti su lo stato delle persone, e con pari saviezza si è eretta in custode e depositarla di titoli così preziosi.

§ 510.° In Roma non esistevano pubblici registri destinati ad assicurare i principali avvenimenti circa lo stato delle persone. Tacito e Svetonio attestano che i Romani negli *acta populi*, *acta publica*, *acta diurna* registravano i giudizi, i comizi, le esecuzioni, le nascite, le

(1) Relazione del senatore Vigliani.
(2) Relazione del ministro guardasigilli Pisanelli.

morti degli uomini illustri, i matrimoni ed i divorzi. Ai tempi di Servio Tullio si dispose che alla nascita di un fanciullo i parenti dovevano recare una moneta all'erario di Giunone Licinia, alla morte un'altra a Venere Libitina (1), e quando il giovanetto divenuto adulto vestiva la toga virile, bisognava portarne una terza al tempio della Gioventù. In questo modo imperfettissimo con la moneta di valore diverso, secondo che gl'individui èrano maschi o femmine, puberi od impuberi, si determinava il numero dei cittadini e conoscevasi il sesso (2). Epperò Antonino il filosofo dispose che ogni genitore dichiarar doveva il nome e cognome del neonato, l'anno e giorno della nascita e se era legittimo o bastardo. Senonchè una più chiara idea degli atti dello stato civile in Roma si ha sotto Marco Aurelio, il quale prescrisse, che ciascun cittadino fra trenta giorni dalla nascita dovesse dichiararla, e dare un nome al bambino. Questi registri tenevansi dai prefetti dell'erario e nelle altre città dell'impero dai tabularii civici. Marco Aurelio volle per tal modo fornire un mezzo di prova per le quistioni di stato: *Ut si quando de statu quaestio esset, inde probationes peterentur quis a quo editus esset* (3).

Oltreacciò le nascite, la filiazione, la legittimità e l'età della prole veniano comprovate altresì coi registri di famiglia, con le lettere dirette dal padre alla madre, ed anche col mezzo dei testimoni (4). Con questo modo imperfetto di assicurare le epoche più memorabili della vita umana, potevano commettersi innumerabili frodi, e lo stato dei cittadini non sempre era accertato in modo sicuro.

§ 511.° In queste nostre provincie, come nel resto di Europa, l'assicurazione dei principali avvenimenti della vita era lasciata ai parrochi, poichè nella ricorsa barbarie, in cui ogni sapere si era ricoverato presso il sacerdozio, la prova dello stato civile raccoglievasi dagli ecclesiastici; quindi il battesimo suppliva l'atto di nascita; la benedizione sacerdotale necessaria per costituire il vincolo matrimoniale secondo il prescritto dal Concilio di Trento, conservava il nome degli sposi e suppliva l'atto di matrimonio; e le ultime preci agli estinti ed i sepolcri scavati nei tempii determinarono il registro dei morti.

I libri parrocchiali avendo per iscopo l'adempimento dei doveri imposti dai concilii per la cura delle anime, non provavano civilmente la filiazione; epperò nella convenienza di doversi assicurare la nascita, il matrimonio o la morte per gli effetti della legge civile, si faceva ricorso alla prova testimoniale, spesso equivoca e sospetta. Nel fine di una migliore redazione dei registri parrocchiali in queste nostre provincie il vicerè Parafan de Rivera esortò i prelati e gli arcivescovi di notare nel libro dei nati giorno per giorno tutti i bambini cui som-

(1) Sveton. Ner. cap. XXXIX.
(2) Dionigi di Alicarnasso, lib 4, pag. 220.
(3) Capitol. in vita M. Aurel.
(4) L. 3 § 5, Dig. de Carbon. edicto; L. 29 Dig. de probationibus.

ministravano il battesimo (1), e lo stesso fu disposto da Filippo II (2).

§ 512.° In seguito si stabilirono in queste nostre provincie gli uffiziali incaricati del registro degli atti civili col decreto dei 29 ottobre 1808, sul sistema del codice civile francese, di poi pubblicato presso di noi nel 1809; sicchè per gli atti dello stato civile anteriore a quest'epoca bisogna farne domanda ai parrochi secondo il sistema di quel tempo. Nel Piemonte sebbene si fosse eccitato il governo ad istituire i registri dello stato civile, pure il voto rimase inesaudito fino alla pubblicazione del codice civile, e quindi prima di quel tempo si era costretti a domandare ai ministri della società religiosa gli atti relativi.

§ 513.° I registri dello stato civile sono quattro: 1° quello di cittadinanza, nel quale bisogna eziandio iscrivere la dichiarazione di trasferimento del domicilio (3); 2° quello di nascita; 3° quello di matrimonio; 4° quello di morte.

Gli atti che devono essere iscritti oltre quelli enunciati, sono gli atti di riconoscimento dei figli naturali, i decreti reali di legittimazione, gli atti di adozione, le sentenze che dichiarano la nullità di un matrimonio, le sentenze di dichiarazione di paternità o maternità, non che quelle di rettificazione degli atti dello stato civile (4).

§ 514.° La materia poi del titolo relativo agli atti dello stato civile è divisa nelle seguenti sette parti: 1ª disposizioni generali; 2ª atti di nascita e di ricognizione della filiazione; 3ª atti di matrimonio; 4ª atti di morte; 5ª atti dello stato civile dei militari in campagna; 6ª rettificazione degli atti dello stato civile; 7ª disposizioni penali. Noi esporremo ciascuna serie di codesti atti separatamente.

CAPO I.

Disposizioni generali.

§ 515.° Le disposizioni generali relative agli atti dello stato civile riguardano le formalità per la redazione degli atti, e quelle per la tenuta dei registri dello stato civile. Noi tratteremo prima degli atti, e poscia dei registri.

§ 516.° Gli atti dello stato civile sono ricevuti dinanzi il sindaco od il vice-sindaco nelle città divise in più quartieri o sezioni. In taluni casi ne fanno le veci gli agenti diplomatici o consolari, i commissari di marina, i capitani e padroni dei bastimenti privati, gl'impiegati designati dai regolamenti militari ed il presidente del senato.

L'uffiziale dello stato civile è competente a redigere gli atti delle

(1) Pramm. del 5 gennaio 1561.
(2) Pramm. 1 de parochis, tit. 187.
(3) Art. 44; 5° Regolamento per gli atti dello stato civile.
(4) Art. 382, 181, 200, 219, 384, 403.

persone domiciliate nel territorio del suo comune; come pure delle persone non domiciliate, nè residenti; eccetto il caso del matrimonio pel quale si richiede il domicilio od almeno la residenza nel comune di uno degli sposi (art. 93).

§ 517.° L'uffiziale dello stato civile nel ricevere le diverse dichiarazioni di nascita, di matrimonio e di morte dee limitarsi ad attestare i fatti caduti sotto i suoi sensi, nè gli è punto lecito pronunciare giudizi e tradurre il proprio modo di vedere in una dichiarazione formale faciente parte integrante dell'atto, che come tale farebbe piena fede sino a prova contraria (1). Ed essendo passiva la sua autorità non può di ufficio formare atti dello stato civile; ma nulla impedisce che venendo a conoscere nascite e morti non dichiarate, ne avverte il pubblico ministero, al quale è affidata la vigilanza su la esatta tenuta dei registri degli atti dello stato civile, onde coi suoi mezzi costringa le persone che vi sono tenute allo adempimento.

L'uffiziale dello stato civile non può ricevere gli atti nei quali esso ovvero i suoi parenti od affini in linea retta in qualunque grado, o in linea collaterale sino al secondo grado intervengono come dichiaranti (art. 7 del regol.).

§ 518.° Gli atti dello stato civile possono farsi personalmente ed anche per mezzo di procuratore; ma il mandato dee essere speciale ed autentico, cioè dee indicare la natura dell' atto da compiersi per eliminare ogni difficoltà, cui potrebbe dar luogo un mandato generale, e dee essere fatto per mezzo di notaio per evitare che in prosieguo si impugni la veracità dell'atto (art. 354): nè sarebbe sufficiente un mandato in forma privata, tuttochè la firma fosse autenticata da notaio, non impedendo ciò di potersi disconoscere la sostanza dell'atto. Senonchè la facoltà di avvalersi della persona di un procuratore, non compete a coloro che sono tenuti di comparire personalmente, come nell'atto di matrimonio (art. 354, 94, 130 e 132).

§ 519.° Gli atti dello stato civile debbono farsi con la presenza di due testimoni per attestare la verità delle dichiarazioni fatte in essi, e per imprimere maggior fede e solennità agli atti medesimi (art. 351). I testimoni devono essere scelti dalle parti interessate ed in loro mancanza dall'uffiziale dello stato civile; debbono essere di sesso maschile, aver compiuti gli anni ventuno, e risiedere nel comune in cui l'atto è formato. Egli è indifferente se il testimone sia parente, affine, amico o domestico dei dichiaranti: può anche essere uno straniero, purchè abbia raggiunto gli anni ventuno e risegga nel comune in cui l'atto è formato, trattandosi qui di soli fatti materiali da attestare.

§ 520.° Gli atti di nascita, di matrimonio e di morte debbono esser formati nel comune del regno in cui tali fatti accadono (art. 350); e per rispetto agli atti di nascita e di morte è indifferente se i genitori del neonato o della persona estinta vi avessero o no il domicilio

(1) Corte di Cass. di Torino del 17 luglio 1868.

o la residenza, essendo necessario giusta le cose dette di sopra pel solo atto di matrimonio che almeno uno degli sposi vi abbia domicilio o residenza.

§ 521.° Gli atti dello stato civile devono contenere le seguenti enunciazioni: 1° Il comune, la casa, il giorno e l'ora in cui sono formati; 2° Il nome, cognome, la qualità dell'uffiziale dinanzi al quale gli atti si formano; 3° Il nome, cognome, l'età, la professione, il domicilio o la residenza delle persone che vi sono indicate in qualità di dichiaranti e di testimoni, e i documenti presentati dalle parti (art. 352). Codeste enunciazioni sono intese a giustificare con la massima precisione le persone che sono il subbietto dell'atto, non che quelle che hanno parte alla formazione di esso.

L'uffiziale dello stato civile non può enunciare negli atti di cui è richiesto, se non quelle dichiarazioni e indicazioni che sono per ciascun atto stabilite o permesse (art. 355); quindi non gli è lecito enunciare nell'atto di nascita che il figlio sia nato dalle persone dei congiunti, tra le quali è proibito il matrimonio, o sono in relazioni adulterine (art. 376) o che la morte sia stata la conseguenza di maltrattamenti costituenti un crimine o delitto od in seguito di suicidio (art. 395).

Dopo essersi compiuto l'atto l'uffiziale dello stato civile dee dar lettura ai dichiaranti e testimoni nel fine di certificare la esattezza della fatta dichiarazione, e per attestare lo adempimento di tale formalità, bisogna farne espressa menzione nell'atto (art. 352).

§ 522.° Finalmente gli atti debbono essere sottoscritti dai dichiaranti, dai testimoni e dagli uffiziali dello stato civile. Se i dichiaranti o i testimoni non possono o non vogliono sottoscrivere, dee farsi menzione della causa dello impedimento o del rifiuto (art. 353).

Egli è facile comprendere che nel caso di rifiuto a sottoscrivere l'atto, sarà questo nullo, poichè la sottoscrizione è il necessario compimento dell'atto, e chi si rifiuta nega tacitamente la veracità delle cose dichiarate nell'atto.

§ 523.° Dopo essersi trattato delle formalità relative agli atti, fa d'uopo esaminare le regole relative alla tenuta dei registri dello stato civile. In primo luogo siffatti registri devono essere tenuti in doppio, acciocchè nel caso che uno si disperda o si distrugga rimane l'altro. Ogni atto deve quindi essere scritto per intero e letteralmente in due distinti registri, tanto per assicurarne vieppiù la esattezza, quanto per tutelarne la conservazione ed evitarne la dispersione (art. 356). Solo il registro per le pubblicazioni è tenuto in un solo originale, non contenendo che documenti risguardanti atti preliminari, la di cui dispersione non porta le conseguenze di quella degli atti di nascita, di matrimonio e di morte. Siffatto registro deve essere depositato con uno degli originali dei registri di matrimonio presso il tribunale (art. 360 e 361, e 63, 64 del reg.).

§ 524.° I registri prima di essere posti in uso, sono vidimati in ciascun foglio dal presidente del tribunale civile, o da un giudice del

tribunale delegato dal presidente, con decreto da scriversi su la prima pagina del registro. In questa prima pagina il presidente o giudice delegato indicherà di quanti fogli sia composto il registro (art. 357). La vidimazione dei fogli è intesa a prevenire la loro sostituzione, e la indicazione del numero ogni sottrazione.

Gli atti debbono iscriversi di seguito e senza alcuno spazio in bianco. Le cancellazioni e le postille saranno approvate e firmate prima della chiusa degli atti: non vi saranno abbreviature, e le date saranno sempre scritte in lettere per disteso (art. 358). Coteste regole sono del pari intese a rendere impossibile ogni mutamento od alterazione posteriore all'atto.

§ 525.° Qualunque annotazione sopra un atto già iscritto nei registri, quando sia legalmente ordinata, si farà in margine di esso, a richiesta delle parti interessate, dall'uffiziale dello stato civile nei registri correnti od in quelli depositati negli archivii del comune, e dal cancelliere del tribunale nei registri depositati presso la cancelleria. Per tale effetto l'uffiziale dello stato civile ne darà avviso entro tre giorni al procuratore del re, il quale veglierà acciocchè l'annotazione sia fatta in modo uniforme su' due originali dei registri (art. 359). Egli accade sovente come nei casi di rettificazione che si apportano agli atti in virtù di sentenze di riconoscimento di un figlio naturale o di disconoscimento di paternità, o di altra rettifica allo stato già dichiarato di un cittadino di doversi fare menzione di un atto relativo allo stato civile in margine di un altro atto già iscritto. In tal caso l'uffiziale dello stato civile su la richiesta delle parti interessate fa menzione dell'atto sul registro esistente nell'archivio comunale, ed avverte fra tre giorni il procuratore del re presso il tribunale, onde abbia luogo consimile notamento sul registro esistente nella cancelleria del tribunale, acciocchè l'annotazione rimanga sul doppio registro, ed in caso di dispersione di uno di essi, lo stato delle persone è assicurato dalla esistenza dell'altro.

I registri debbono essere chiusi dagli uffiziali dello stato civile alla fine di ogni anno, con apposita dichiarazione scritta e sottoscritta immediatamente dopo l'ultimo atto iscritto sul registro; ed entro quindici giorni uno degli originali sarà depositato negli archivi del comune e l'altro presso la cancelleria del tribunale (art. 360), le procure e le altre carte annesse agli atti dello stato civile debbono essere munite del visto dell'uffiziale pubblico, ed unite a quello degli originali che deve rimanere presso il tribunale (art. 361).

§ 526.° Il procuratore del re è incaricato di vegliare per la regolare tenuta dei registri, e potrà in ogni tempo verificarne lo stato. Egli deve in ciascun anno procedere alla loro verificazione, quando vengono depositati nella cancelleria del tribunale; forma con l'opera del cancelliere un processo verbale dei risultati della verificazione; ordina il deposito dei registri negli archivi del tribunale, e promuove l'applicazione delle pene contro coloro che vi abbiano dato luogo, non che le

rettificazioni richieste dall'interesse pubblico, chiamate le parti interessate (art. 365).

Avvenendo alcuno dei casi espressi nell'art. 364, il tribunale, sulla istanza del procuratore del re, può ordinare che siano rifatti, se è possibile, gli atti ommessi, distrutti o smarriti, ovvero che si supplisca alla loro mancanza con atti giudiziali di notorietà, mediante le dichiarazioni giurate almeno di quattro persone informate e degne di fede, chiamate sempre le parti interessate, e senza pregiudizio dei loro diritti (art. 366).

Se venga a risultare la celebrazione di un matrimonio dinanzi ad un uffiziale dello stato civile non competente e sia perenta l'azione per impugnarlo, il tribunale, sull'istanza del procuratore del re, potrà ordinare la trasmissione di una copia autentica dell'atto all'uffiziale davanti il quale si sarebbe dovuto celebrare il matrimonio (d. art. 366).

§ 527.° I registri dello stato civile sono pubblici, potendo a tutti interessare di conoscere i particolari relativi allo stato dei cittadini. In conseguenza di codesta pubblicità gli uffiziali dello stato civile non possono ricusare gli estratti che vengono loro richiesti, sia dalle pubbliche autorità, sia dai privati, salvo per costoro il preventivo pagamento dei diritti fissati dal regolamento; e debbono fare le indagini che occorrono ai privati negli atti affidati alla loro custodia. Gli estratti conterranno tutte le annotazioni che si trovano apposte all'atto originale (art. 362).

§ 528.° L'atto dello stato civile è nullo ove manchi delle formalità sostanziali, come se non fu ricevuto dall'uffiziale dello stato civile, o manchi della firma dei dichiaranti o delle enunciazioni costitutive dell'atto. Al contrario dovrebbe dirsi non autentico se manca la firma dell'uffiziale dello stato civile, se anche per colpa dello stesso non fu iscritto su' registri, o se manchi il numero dei testimoni, non essendo giusto di dichiarare nullo un atto di sì grave importanza per la sola negligenza od ignoranza dell'uffiziale dello stato civile; salvo del resto la rettifica dell'atto nei modi prescritti dalla legge.

§ 529.° Gli atti dello stato civile formati secondo il prescritto dalla legge sono considerati quali pubblici atti, e fanno fede, fino a querela di falso, di ciò che l'uffiziale attesta di essere avvenuto in sua presenza; giacchè egli è destinato dalla legge ad attribuire all'atto tutta la fede (art. 363). Volendosi provare che mai si è disteso l'atto dinanzi l'uffiziale dello stato civile, o che la dichiarazione relativa alla presentazione del fanciullo sia supposta, bisogna cominciare per attaccare l'atto con la querela di falso in via civile o penale secondo i casi. Le dichiarazioni dei comparenti fanno fede fino a prova contraria, non essendo che semplici attestazioni di persone non rivestite di alcuna pubblica qualità (art. 363), come quella di colui che dichiara la nascita di un fanciullo o la morte di un uomo: fino a prova contraria si ritiene la dichiarazione. Finalmente le indicazioni estranee all'atto, non hanno alcun valore, dovendosi ritenere come non avvenute, perchè non

autorizzate dalla legge (det. art. 363). La commissione legislativa di Napoli nell'esame del progetto Miglietti, propose riformarsi l'art. 385 del medesimo, il quale è conforme al nostro art. 363, nel seguente modo: Gli atti dello stato civile formati secondo gli articoli precedenti fanno prova sino ad iscrizione in falso. Le indicazioni estranee agli atti non hanno alcun valore. Insomma la cancellazione delle ultime parole del 1° capoverso e la cancellazione assoluta del secondo sembrò alla Commissione prudente divisamento: 1° perchè agli atti dei quali è parola nell'art. 385 (363), che costituiscono i monumenti dello Stato dei cittadini e delle famiglie, vuolsi mantenere la più ampia autorità, anzichè inflevolirne il prestigio; 2° perchè essendo per la previsione dell'art. 377 (355 cod.) dello stesso progetto vietato agli uffiziali dello stato civile d'inserire negli atti dichiarazioni od indicazioni che non siano stabilite o permesse, ed essendo dal capoverso 3° del detto art. 385 dichiarata l'inefficacia ed impotenza di qualunque indicazione estranea all'atto; in proposito poi di dichiarazioni non estranee all'atto è mestieri che gli atti dello stato civile abbiano un valore integrale ed individuo *eo magis*, dacchè le dichiarazioni ed indicazioni non estranee all'atto non di rado s'incarnano nell'essenza stessa dell'atto; 3° perchè dal sottomettere allo esperimento della iscrizione in falso la impugnazione degli atti in discorso, non solo in rapporto a ciò che l'uffiziale pubblico attesta avvenuto alla sua presenza, ma eziandio in rapporto alle dichiarazioni dei comparenti, mentre viene addotto maggiore sgomento al proposito di inserir fallaci dichiarazioni negli atti dello stato civile, non è pregiudicato il diritto di impugnazione; ma allorchè taluno atteggiasi a scuoter la sede dei monumenti dello stato dei cittadini e delle famiglie gli si richieggono pruove più concordanti in procedura più solenne. Malgrado le enunciate osservazioni, l'articolo rimase e fu sanzionato nella sua integrità.

§ 530.° Se i registri non si sono tenuti, o siensi distrutti o smarriti in tutto od in parte, o vi sia stata interruzione nella tenuta dei medesimi, la prova delle nascite, dei matrimoni e delle morti, può farsi tanto per atti pubblici o privati, quanto per testimoni. Egli è indifferente se i testimoni sieno persone estranee o parenti, non esclusi i genitori della persona, il cui stato si voglia provare coi mezzi suppletorii sopra enunciati (1). Senonchè per potersi ammettere la prova per mezzo di titoli e testimoni, fa d'uopo assicurare preliminarmente uno dei fatti, al cui avvenimento la legge subordina l'ammissione della prova suppletoria, cioè la distruzione, lo smarrimento o la interruzione dei registri per qualsivoglia causa avvenuta. Epperò se la mancanza o distruzione, lo smarrimento o l'interruzione fossero accaduti per dolo del richiedente, egli non sarà ammesso alla prova autorizzata dalla legge (art. 364), presumendosi che la prova da farsi sarebbe stata contraria agli atti dello stato civile, quante volte non fossero stati distrutti.

(1) Demolombe I, pag. 325.

§ 531.° Gli atti riguardanti il re e le persone della famiglia reale vengono raccolti in un modo eccezionale, avuto riguardo all' altezza della posizione sociale di dette persone, ed allo interesse di assicurare tali atti in modo più autorevole e solenne. All' oggetto il presidente del senato, assistito dal notaio della corona, adempirà le funzioni di uffiziale dello stato civile per gli atti di nascita, di matrimonio e di morte del re e delle persone della famiglia reale (art. 369). Gli atti saranno iscritti sopra un doppio registro originale, l'uno dei quali sarà custodito negli archivi generali del regno e l' altro negli archivi del senato a norma dell' art. 38 dello Statuto (art. 370). In queste nostre provincie meridionali si determinavano del pari regole speciali per gli atti dello stato civile del re e delle persone componenti la famiglia reale col decreto del 17 febbraio 1848.

§ 532.° Laddove i cittadini si ritrovano all' estero, hanno la facoltà di formare gli atti dello stato civile secondo le norme stabilite dalla legge del luogo dove si formano, ovvero di farli ricevere dai regi agenti diplomatici o consolari, purchè si osservino le forme stabilite dal codice civile (art. 368). Codesta facoltà essendo accordata ai soli cittadini, è indubitato che il matrimonio fra un cittadino ed una straniera non può essere celebrato alla presenza dei regi agenti diplomatici o consolari, ma della competente autorità del luogo. Nel primo caso è dovere del cittadino di far rimettere entro tre mesi copia di tali atti al regio agente diplomatico o consolare di più vicina residenza; salvo che preferisca trasmetterla direttamente all' uffizio dello stato civile indicato nell'art. 368 (art. 367). Nel secondo caso i regi agenti diplomatici o consolari, e gli uffiziali che ne fanno le veci, devono entro tre mesi trasmettere copia degli atti anzidetti a loro consegnati o da loro ricevuti al ministero degli affari esteri, per cura del quale si faranno pervenire gli atti di nascita all'uffizio dello stato civile del domicilio del padre del fanciullo o della madre se il padre non è conosciuto; gli atti di matrimonio all' uffizio dello stato civile dei comuni dell' ultimo domicilio degli sposi; e gli atti di morte all'uffizio dello stato civile del comune dell'ultimo domicilio del defunto (art. 368).

Quanto alla forza probante degli atti seguìti in paese straniero, è stabilito che hanno lo stesso valore di prova di quelli fatti nel regno, essendo qui applicabile la nota regola *locus regit actum* (art. 367). Rispetto agli atti enunciati è del pari applicabile in caso di dispersione, o distruzione la prova suppletoria per mezzo di titoli e testimoni, dopo essere stato assicurato il fatto della dispersione, smarrimento o distruzione dei registri.

CAPO II.

Degli atti di nascita e di ricognizione della filiazione.

§ 533.° Uscendo l'uomo alla luce prende posto nella società, in cui

viene a ricevere la vita, e nella famiglia che lo ammette come membro di essa, ed entrambe gli assicurano dei diritti emergenti da questa qualità. L'atto di nascita assicurando al fanciullo i diritti nella società e nella famiglia, era indispensabile che la legge avesse prescritte le maggiori precauzioni per assodarlo, essendovi attaccati interessi della maggiore importanza. La nascita potendo avvenire in circostanze ordinarie e straordinarie, era del pari giusto che la legge avesse provveduto all' assicurazione degli atti relativi nell' un caso e nell' altro.

§ 534.° Quanto alle nascite ordinarie sono determinate le seguenti regole: Nei cinque giorni successivi al parto si dovrà fare la dichiarazione di nascita all'uffiziale dello stato civile del luogo, a cui sarà altresì presentato il neonato. L' uffiziale dello stato civile potrà, per circostanze gravi, dispensare dalla presentazione del neonato, accertandosi altrimenti della verità della nascita (art. 371). Nel computo dei cinque giorni non deve essere compreso quello in cui avvenne il parto, giusta la regola *dies a quo non computantur in termino;* il che risulta chiaro dall' espressione adoperata dalla legge, nei cinque giorni *successivi* al parto. Dopo i cinque giorni dalla nascita, la dichiarazione non potrà farsi se non osservato il procedimento stabilito per la rettificazione degli atti dello stato civile (art. 372), cioè dietro un decreto renduto dal tribunale, che autorizza la iscrizione dell'atto.

§ 535.° La dichiarazione di nascita dev'essere fatta dal padre o da un suo procuratore speciale, in mancanza dal dottore di medicina o chirurgia, o dalla levatrice, o da qualche altra persona che abbia assistito al parto; e, se la puerpera era fuori della sua ordinaria abitazione, dal capo della famiglia o dall'uffiziale delegato dello stabilimento in cui ebbe luogo il parto. La dichiarazione può anche esser fatta dalla madre o da persona munita di suo mandato. L'atto di nascita sarà steso immediatamente (art. 373). Le persone enunciate non hanno l'obbligo di fare la dichiarazione simultaneamente, ma successivamente, ed in primo luogo si spetta al padre legittimo; giacchè quanto al padre naturale, egli dichiara di riconoscere il figlio se lo vuole, potendo anche non riconoscerlo. In mancanza del padre l'obbligo della dichiarazione si spetta simultaneamente al dottore di medicina o chirurgia, alla levatrice e a qualunque altra persona che abbia assistito al parto, se la madre abbia partorito nella sua ordinaria abitazione; se poi abbia dato alla luce il figlio in altro luogo, l' obbligo incumbe al capo della famiglia sia uomo, sia donna o all' uffiziale delegato dello stabilimento in cui ebbe luogo il parto: in loro mancanza vi sono tenuti i dottori, le levatrici e gli altri assistenti. Qualora alcune delle persone obbligate a fare la dichiarazione non vi adempiranno incorrono nella pena del carcere per un tempo non maggiore di tre mesi, o con multa non maggiore di lire duecentocinquanta (art. 521 cod. pen.). Per la madre essendo facultativa la dichiarazione, come quella la quale non può attendervi per lo stato di puerpera in cui si trova, non può incorrere in alcuna pena.

§ 536.° L'atto di nascita deve offrire delle enunciazioni generali e speciali. Le prime si riducono alle seguenti: 1° il comune, la casa, il giorno e l'ora della nascita, il sesso del neonato; 2° il nome che gli è stato dato: se poi il dichiarante non dà un nome al neonato, vi supplirà l'uffiziale dello stato civile: questi non può imporgli nomi che destano la ilarità o rivelano la illegittima origine del fanciullo (1).

Quanto alle enunciazioni speciali ad ogni atto bisogna distinguere se si tratti di unione legittima od illegittima. Nel primo caso la dichiarazione deve enunciare il nome e cognome, la professione e il domicilio del padre e della madre (art. 375). Nel secondo caso se la nascita è di unione illegittima, la dichiarazione non può enunciare che il nome e cognome, la professione e il domicilio del genitore o dei genitori dichiaranti (art. 376). Secondo i codici anteriori il nome della madre naturale doveva sempre enunciarsi, su l'assunto che la maternità è sempre certa; ma con più giustizia il novello codice non obbliga la madre a fare una dichiarazione, la quale potrebbe fare gran torto al suo onore, che nell'ordine morale merita protezione non minore dell'onore del padre; e potrebbe altresì deciderla al passo estremo di disfarsi del figlio con mezzi violenti, anzichè rivelarne il nascimento col proprio nome nei pubblici registri dello stato civile.

§ 537.° Le dichiarazioni di paternità o maternità possono aver luogo semprechè queste non sieno adulterine od incestuose, essendo divietato il riconoscimento dei figli adulterini, sia pel danno che ne promana ai figli stessi, sia per la offesa al pubblico costume; e d'altronde l'uffiziale dello stato civile, non può prestarsi a ricevere le confessioni invereconde, che uomini impudichi vogliono fare delle loro turpitudini. Ove i genitori facciano la dichiarazione tacendo la loro qualità, o facciano le loro dichiarazioni quali persone estranee, l'uffiziale dello stato civile non può enunciare il nome e cognome dei medesimi, quantunque gli costi di detta loro qualità. Se poi la dichiarazione è fatta da altre persone, non si enuncierà che il nome e cognome, la professione e il domicilio della madre, se costi per atto autentico che questa acconsente alla dichiarazione (art. 376). L'atto autentico varrà ad evitare ogni abuso che far si potesse, rivelando il nome di persona diversa dalla vera madre, ed anche di costei, la quale non intende rivelare una maternità che porta inevitabile offesa al proprio onore.

Se il parto è gemello, se ne farà menzione in ciascuno dei due atti, esprimendo chi nacque primo e chi secondo (art. 374).

Da ultimo quando al momento della dichiarazione della nascita il bambino non fosse vivo, l' uffiziale dello stato civile deve esprimere anche questa circostanza senza tener conto della dichiarazione che si facesse dai comparenti che il bambino sia nato vivo o morto (art. 374); e ciò per evitare alcun pregiudizio alla quistione della vitalità del fanciullo, da farsi nei modi di legge, cioè che nel dubbio si presumono

(1) Vedi la sentenza della Corte di Brescia del 4 giugno 1867.

vitali quelli di cui costa che sono nati vivi (art. 724 n.° 2); salva la prova contraria, trattandosi qui di una presunzione *iuris tantum*.

§ 538.° Oltre le nascite ordinarie, vi sono le straordinarie. Esse hanno luogo nei casi di rinvenimento di un fanciullo di recente nato, della consegna di esso ad un pubblico ospizio di trovatelli, di nascita di un fanciullo fuori il domicilio di ordinaria residenza dei genitori, e da ultimo di nascita del bambino durante un viaggio di mare.

Nel primo caso la legge prescrive che chiunque trovi un bambino è tenuto a farne la consegna all'uffiziale dello stato civile, con le vesti e con gli altri oggetti ritrovati presso il medesimo, e a dichiarare tutte le circostanze del tempo e luogo in cui è stato rinvenuto. Della consegna si stenderà un circostanziato processo verbale che enuncierà le marche apparenti se ne abbia, la qualità delle vesti, e qualunque altro segno che abbia in dosso, ed inoltre l'età apparente del bambino, il sesso, il nome che gli vien dato e l'autorità civile a cui verrà consegnato. Questo processo verbale sarà iscritto su' registri, ed è molto opportuno per poter serbare le tracce di così doloroso avvenimento, acciocchè gli snaturati autori della esposizione potessero in seguito, punti da rimorsi, riprendere il fanciullo da essi abbandonato (art. 377). Questo sventurato fanciullo esposto sul pubblico cammino è sempre un cittadino; la legge non può accordargli una famiglia che si cela nel buio degli umani traviamenti, ma prende cura della sua conservazione, facendolo iscrivere su' registri comuni a tutti i cittadini, e prescrivendo che si consegni all'autorità civile. Il vieto costume non gl'imporrà il nome di *Trovatello*, *Vattelcerca* od *Esposito* che ricordavagli in ogni tempo la viltà e sozzura dei suoi natali, e che tramandava per funesto retaggio alla sua discendenza. All'uopo furono pubblicati presso di noi i decreti del 15 agosto 1810 e 3 giugno 1811, i quali prescrissero che l' uffiziale dello stato civile doveva imporre a siffatti fanciulli un cognome di sua scelta.

Ad avvalorare l'adempimento delle enunciate prescrizioni, è stabilito che coloro i quali, avendo trovato un fanciullo di recente nato, non ne facciano, a termine delle leggi civili o dei regolamenti su lo stato civile, la consegna al sindaco del comune dove l' infante è stato trovato, sono puniti col carcere estendibile a tre mesi. Questa disposizione non è applicabile a colui che acconsenta di incaricarsi della cura dell'infante, e ne avrà fatta la sua dichiarazione al sindaco (art. 507 cod. pen.).

Nel secondo caso, quando un fanciullo sia stato consegnato ad un pubblico ospizio, la direzione di esso, per mezzo di uno dei suoi impiegati di ciò incaricato, deve trasmetterne la dichiarazione scritta, nei tre giorni successivi, all'uffiziale dello stato civile del comune in cui è stabilito l' ospizio, indicando il giorno e l' ora in cui fu raccolto il fanciullo esposto, il sesso, l'età apparente e gli oggetti ritrovati presso il medesimo. L'amministrazione deve pure indicare all'uffiziale dello stato civile il nome e cognome dato al fanciullo e il numero d'ordine

in cui sarà iscritto (art. 378). Rispetto al cognome sono anche qui applicabili le cose dette di sopra, ed anche presso di noi dopo i citati decreti del 1810 e 1811, non era lecito imporre ai ricoverati nell'ospizio il cognome di *Esposito*; ma si dovea darne uno a scelta dalla persona incaricata della tutela del fanciullo esposto nell' ospizio.

Nel terzo caso di nascita di un figlio fuori del comune, in cui i genitori hanno il domicilio o la residenza, l' uffiziale che avrà ricevuto l'atto, ne trasmetterà entro dieci giorni una copia autentica all'uffiziale dello stato civile del comune sudetto per essere inserita nei registri con la data del giorno in cui la copia gli sarà pervenuta (art. 379). Questa disposizione mancava nel primitivo progetto del codice civile; ma vi fu inserita a premura della commissione senatoria. La nascita, dice il relatore, avviene talvolta per accidente fuori del luogo ove i genitori hanno il domicilio o la residenza. In tale caso importa alla società ed alle famiglie che l' atto di nascita venga pure inserito nei registri del comune, dove i genitori sono domiciliati o residenti per renderne più facile la ricerca in ogni occorrenza e massime in quella della leva militare (1).

Nel quarto caso se nasce un bambino durante un viaggio di mare, l'atto di nascita deve formarsi entro ventiquattr'ore sui bastimenti della regia marina, dal commissario di marina o da chi ne fa le veci, e sui bastimenti di privata proprietà, dal capitano o padrone della nave, o da chi ne fa le veci. L' atto di nascita sarà iscritto a piè del ruolo dell'equipaggio (art. 380). Nel primo porto cui approderà il bastimento, se il porto è in paese estero e vi risieda un regio agente diplomatico o consolare, il commissario di marina, il capitano od il padrone sono tenuti a depositare presso di lui copia autentica degli atti di nascita che avranno fatti; e se il porto è nel regno, sono tenuti a depositare gli atti originali presso l'autorità marittima, la quale ne farà la trasmissione all'uffiziale dello stato civile indicato nell'art. 368 (art. 381).

§ 539.° Allorquando un fanciullo venga riconosciuto posteriormente alla sua nascita ha luogo l' atto di riconoscimento, il quale s' iscrive con la sua data nei registri, facendosi di ciò menzione (art. 382), Insieme all'atto di riconoscimento, dev'essere ancora iscritta la sentenza di dichiarazione, tanto di paternità che di maternità. Oltre all'atto di riconoscimento devono anche essere iscritti come atti riferibili all'atto di nascita, i reali decreti di legittimazione e quello della corte di appello concernente l'adozione: quest' ultimo dev'essere annotato in margine dell' atto di nascita dell' adottato (art. 219).

(1) Vigliani.

CAPO III.

Degli atti di matrimonio.

§ 540.° Le enunciazioni relative all'atto di matrimonio sono le seguenti: 1° il nome e cognome, l'età e la professione, il luogo della nascita, il domicilio o la residenza degli sposi; 2° il nome e cognome, il domicilio o la residenza dei loro genitori; 3° il consenso degli ascendenti, o del consiglio di famiglia o di tutela nei casi in cui è necessario, ovvero il provvedimento menzionato nell'articolo 67; 4° La data delle eseguite pubblicazioni o il decreto di dispensa; 5° la data del decreto di dispensa che sia stata concessa da alcuno degl'impedimenti menzionati nell'art. 68; 6° la dichiarazione degli sposi di volersi unire in matrimonio; 7° il luogo in cui seguì la celebrazione del matrimonio, nel caso espresso dall'articolo 97, ed il motivo del trasferimento; 8° La ricognizione della unione degli sposi, che l'uffiziale dello stato civile fa in nome della legge (art. 383).

§ 541.° La sentenza irrevocabile che pronunzi la nullità del matrimonio, deve per cura del cancelliere del tribunale o della corte che l'ha pronunziata e a spese dell'attore essere trasmessa in copia autentica all'uffizio di stato civile del comune in cui esso fu celebrato. Di questa sentenza si farà annotazione nel margine dell'atto di matrimonio (art. 384).

CAPO IV.

Degli atti di morte.

§ 542.° Dopo la morte del cittadino bisogna destinargli un altro soggetto che lo rappresenti nei suoi diritti e doveri. Di qui il bisogno di assicurare nel modo il più, preciso questo momento solenne, ed all'effetto la legge vi provvede con apposite prescrizioni.

Innanzi tutto non si può dare sepoltura se non precede l'autorizzazione dell'uffiziale dello stato civile, il quale non può accordarla, se non dopo essersi accertato della morte o personalmente o per mezzo di un suo delegato, e dopo trascorse ventiquattro ore dalla morte medesima; salvi i casi espressi nei regolamenti speciali (art. 385). Questo intervallo delle ore ventiquattro è necessario per evitare di darsi sepoltura ad alcuno creduto morto. Anche presso gli Egizi era proibito di dare sepoltura agli estinti prima del quarto giorno; gli antichi Persiani non soleano seppellire i trapassati, se non quando l'odore cadaverico incominciava ad attirare gli augelli di rapina; i Chinesi coprivano il cadavere con gli abiti che solea indossare in vita, e lo lasciavano esposto per tre giorni, aspettando se per avventura vi tornasse l'anima; Licurgo dispose che i morti si dovessero piangere per undici giorni, e che nessuno venisse prima seppellito; e finalmente i

Greci prescrivevano il termine di tre giorni; ed oggidì non vi ha Codice di qualsiesi nazione che non fissi un tempo entro il quale non è permesso di dare sepoltura ai trapassati, nel fine di evitare i deplorabili casi pur troppo avvenuti di persone vive sepolte credute estinte.

§ 543.° L'atto di morte deve distendersi dall'uffiziale dello stato civile dopo la dichiarazione di due testimoni che ne siano informati. Egli è indifferente se siano ovver no parenti, od affini della persona estinta o dei suoi eredi (art. 386). Laddove siasi data sepoltura ad un cadavere senza l'autorizzazione del pubblico funzionario, non sarà ricevuto l'atto di morte, se non dopo sentenza del tribunale pronunciata ad istanza di chiunque vi abbia interesse, ed anche del pubblico ministero, essendo di pubblico interesse l'accertare il decesso di un cittadino per gli svariati effetti di legge (art. 392).

§ 544.° Le enunciazioni che l'atto di morte dee contenere sono le seguenti: 1° il luogo, il giorno e l'ora della morte; 2° il nome e cognome, l'età, la professione e il domicilio o la residenza del defunto; 3° il nome e cognome del coniuge superstite, se la persona defunta era congiunta in matrimonio, o del coniuge predefunto, se era vedova; 4° il nome e cognome, l'età, la professione e il domicilio dei dichiaranti; 5° finalmente lo stesso atto enuncierà inoltre, per quanto si possano sapere, il nome e cognome, la professione e il domicilio del padre e della madre del defunto ed il luogo della sua nascita (art. 387).

§ 545.° L'atto di morte deve essere disteso dall'uffiziale dello stato civile del luogo nel quale è avvenuta la morte (art. 350). Se sia avvenuta in luogo diverso da quello della residenza del defunto, l'uffiziale dello stato civile che riceve la dichiarazione di morte deve trasmettere entro dieci giorni copia dell'atto all'uffiziale dello stato civile del comune in cui il defunto aveva la sua residenza (art. 397). Codesta trasmissione dell'atto deve aver luogo, qualunque sia il genere della morte, cioè naturale o violenta, ed è indifferente il luogo dove accada.

§ 546.° Rispetto alle morti che avvengono in taluni casi eccezionali, sono determinate le seguenti regole:

1° In caso di morte in un ospedale, collegio od altro qualsiesi istituto, il superiore o chi ne fa le veci, è tenuto a trasmettere l'avviso con le indicazioni stabilite nell'art. 387 nel termine di ventiquattro ore all'uffiziale dello stato civile (art. 388): pei morti nelle prigioni o case di arresto o detenzione l'avviso dee essere dato dai custodi o carcerieri (art. 393).

2° Nel caso in cui risultino segni od indizi di morte violenta, od essendovi luogo a sospettarla per altra circostanza, non si potrà seppellire il cadavere se non dopo che l'uffiziale di polizia giudiziaria, assistito da un medico o chirurgo, abbia steso il processo verbale sopra lo stato del cadavere e le circostanze relative, come anche sopra le notizie che avrà potuto raccogliere sul nome e cognome, su l'età

e professione e sul luogo di nascita e domicilio del defunto (art. 389). Per lo effetto l' uffiziale di polizia giudiziaria dovrà immantinenti trasmettere all' uffiziale dello stato civile del luogo, dove sarà morta la persona, le notizie enunciate nel suo processo verbale, in conformità delle quali si stenderà l'atto di morte (art. 390). Le dette disposizioni devono essere applicate anche per le morti che avvengono in seguito di un disastro su le strade ferrate, o per cadute dall' alto, o per innondazione, annegamento, incendio, franamento od altri avvenimenti straordinari (1).

3° Nel caso di morte, senza che sia possibile di rinvenire o di riconoscere il cadavere, il sindaco od altro pubblico uffiziale ne stenderà processo verbale, e lo trasmetterà al procuratore del re, per cura del quale, dopo ottenuta l' autorizzazione dal tribunale, il detto processo sarà annesso al registro dello stato civile (art. 391).. Anche questa disposizione si dee estendere per ragione di analogia a tutti gli avvenimenti calamitosi di sopra enunciati.

4° Nel caso di condanne alla pena di morte i cancellieri sono tenuti entro le ore ventiquattro dalla esecuzione della sentenza, a trasmettere all'uffiziale dello stato civile del luogo dove l' esecuzione ha avuto luogo, tutte le notizie enunciate nell'art. 387 in conformità delle quali si stenderà l'atto di morte (art. 394). Senonchè in qualunque caso di morte violenta, o nelle prigioni e case di arresto, o di esecuzione delle sentenze di morte, e per analogia nelle case di tolleranza, o per suicidio od altro infortunio, non si dee fare nei registri alcuna menzione di siffatte circostanze, per evitare che si tramandino ai posteri taluni fatti d' ignominia che potrebbero offrire il pretesto di oltraggiare la discendenza responsabile delle azioni dei suoi autori (art. 395).

5° E finalmente nel caso di morte avvenuta durante un viaggio di mare, l'atto sarà formato dagli uffiziali nominati nell'art. 380 e si osserveranno le disposizioni dell'art. 381. Laddove per naufragio di una nave fossero perite tutte le persone dell' equipaggio e tutti i passaggieri, l' autorità marittima, accertato l' infortunio, ne fa inserire una dichiarazione autentica nei registri di ciascuno dei comuni a cui appartenevano le persone estinte. Nel caso poi che si fosse perduta una parte soltanto dell' equipaggio o della gente imbarcata, e fra coloro che perirono fossero compresi gli uffiziali sovra indicati, gli atti di morte sono formati dai regi consoli all'estero, o dalle autorità marittime nel regno su le dichiarazioni dei superstiti (art. 396).

(1) Processi verb. 21, l. 12.

CAPO V.

Degli atti dello stato civile dei militari in campagna.

§ 547.° I militari durante il tempo di pace rimanendo nella ordinaria residenza, sono soggetti a tutte le regole del diritto comune, non escluse quelle relative agli atti dello stato civile; salvo il permesso che devono chiedere allorchè intendono contrarre il matrimonio giusta i speciali regolamenti. Ma diversamente avviene allorchè essi sono in campagna, sia che si trovino nel regno, sia fuori; poichè la speciale circostanza esige speciali provvedimenti, sia per rispetto alle autorità che possono ricevere gli atti, sia per le formalità necessarie all' assicurazione degli atti medesimi.

§ 548.° Le funzioni di uffiziale dello stato civile per gli atti concernenti i militari in campagna, o le persone impiegate al seguito delle armate, come chirurghi, cappellani, intendenti, telegrafisti, ec. sono adempiute dalle persone designate dai regolamenti (art. 398).

Le dichiarazioni di nascita e di morte devono esser fatte nel più breve termine, e contenere le indicazioni stabilite nei capi precedenti di questo titolo (art. 399).

Gli uffiziali che compiono le funzioni relative allo stato civile sono tenuti ad inviare gli atti da essi ricevuti al ministero della guerra o della marina per cura del quale devono essere trasmessi all' uffiziale dello stato civile indicato nell' art.' 368 (art. 400). Del resto nulla impedisce ai militari in campagna, di fare redigere gli atti dello stato civile nel modo ordinario, quando ne avessero la opportunità; e trovandosi in estero territorio far ricevere gli atti dai consoli o agenti diplomatici italiani, od anche dalle autorità straniere; salvo l'obbligo per rispetto ai primi di trasmettere copia degli atti al ministero degli affari esteri per farsi pervenire all' uffiziale dello stato civile italiano competente (arg. art. 368).

CAPO VI.

Della rettificazione degli atti dello stato civile.

§ 549.° Malgrado le prescrizioni della legge per la esatta iscrizione degli atti dello stato civile, pure, sia per ignoranza o incuria delle parti, sia per disattenzione dell'uffiziale dello stato civile, può avvenire che un atto sia erroneamente iscritto da far sentire il bisogno della sua rettificazione.

§ 550.° La domanda si propone dalle parti che vi hanno interesse. Il pubblico ministero può proporla quando vi è interesse pubblico, o quando si tratta di persone povere che possono essere ammesse al beneficio del gratuito patrocinio; come pure ne' casi in cui o per av-

vertimento dell'uffiziale dello stato civile, o per verificazione dei registri, venga a conoscenza di omissioni di atti, d'interruzione, distruzione o dispersione dei registri (art. 366 e 134 e 335 reg.). Quanto alle persone povere debbono farne espressa domanda al procuratore del re direttamente, o per mezzo del pretore o dell'uffiziale dello stato civile, unendovi i certificati occorrenti per l' ammissione al beneficio dei poveri (det. art. 135 reg.).

§ 551.° Il tribunale civile competente a provvedere su le domande per rettifica di atti dello stato civile è quello da cui dipende l'uffizio dello stato civile ove si trova l' atto del quale si chiede la rettifica (art. 401). Se la domanda è fatta dal particolare, è in facoltà del tribunale di fare citare le parti interessate, e la convocazione del consiglio di famiglia o di tutela pel suo parere (art. 845 cod. proc. civ.); se è proposta dal pubblico ministero devono sempre chiamarsi le parti interessate, non essendo giusto che alcuno senza saperlo, e senza aver fatte le sue osservazioni, trovi rettificato il suo atto di nascita o di matrimonio, o quello di morte del proprio congiunto.

Su le domande per rettificazione degli atti dello stato civile si provvede in camera di consiglio,sentito il pubblico ministero. Il tribunale può ordinare la comparizione delle parti interessate, e la convocazione del consiglio di famiglia o di tutela per il suo parere (art. 845 cod. proc. civ.). Le rettificazioni degli atti dello stato civile si fanno in forza di sentenze dei tribunali passate in giudicato, con le quali si ordina all'ufficiale dello stato civile di rettificare un atto già esistente nei registri o di ricevere un atto omesso (art. 133 reg.).

Il giudizio di rettifica che s'inizia e finisce in camera di consiglio riflette i soli errori materiali, come alterazioni di nomi, di cognomi, della paternità, del sesso, ec., e deve distinguersi da ogni altra disputa su lo stato. All'uopo la legge determina che il giudizio di rettificazione dee aver luogo senza pregiudizio dei diritti delle parti interessate, i quali vogliono essere discussi con tutte le guarentigie che offre la procedura contenziosa. In ogni modo la sentenza di rettificazione non potrà mai essere opposta a quelli che non concorsero a domandare la rettificazione, o non furono regolarmente chiamati nel giudizio (art. 402). Questa disposizione è la conseguenza del principio generale che *res inter alios acta tertio neque nocere neque prodesse potest.*

Nel caso di doversi cambiare il cognome si provvede a norma del regolamento.

Le sentenze di rettificazione passate in giudicato devono per cura di chi le ha promosse, essere depositate in copia autentica all' ufficio dello stato civile, ove si trova l'atto rettificato ed all' uopo l' uffiziale dello stato civile fa annotazione della rettificazione in margine dell'atto (art. 403).

CAPO VII.

Disposizioni penali.

§ 552.° Ad avvalorare le diverse prescrizioni della legge su l'esatta formazione degli atti dello stato civile, era necessario prescrivere le analoghe sanzioni. All'uopo sono stabilite le seguenti regole:

Le contravvenzioni alle disposizioni contenute nel titolo del codice civile sugli atti dello stato civile, sono punite con pena pecuniaria da lire dieci a lire duecento (art. 404). Questa pena colpisce indistintamente l'ufficiale dello stato civile, ed anche i privati colpevoli di omissioni di formalità, senza che sieno avvenute dolosamente o per corruzione dell' uffiziale dello stato civile, o per interesse del privato. L'azione è esercitata di ufficio dal pubblico ministero.

§ 553.° Il giudice competente si è il tribunale civile, che procede in camera di consiglio in contraddizione del contravventore legalmente citato (det. art. 404). Su l' istanza fatta dal pubblico ministero, il presidente del tribunale stabilisce il giorno in cui il contravventore dovrà comparire davanti il tribunale per esporre le sue difese. Copia dell'istanza e del decreto sarà notificata allo stesso contravventore nella forma delle citazioni, e nel termine stabilito dal decreto medesimo (art. 2 dec. 30 dic. 1865). Egli può comparire in persona e può farsi rappresentare da qualunque altra persona, od anche da un procuratore legalmente esercente. Il mandato speciale può essere steso in fine dell'atto di citazione (art. 3 det.). In caso di contumacia non vi è luogo ad opposizione; ma la sentenza può essere impugnata con l' appello, il quale dev'essere proposto fra trenta giorni dalla prolazione, se le parti sono presenti, e in difetto dalla notificazione (art. 4 e 5 det. dec.).

§ 554.° Se la contravvenzione consiste in un' alterazione od omissione colpevole negli atti e nei registri, la quale cagiona ai privati danni-interessi, questi debbono ristorarsi dietro un regolare giudizio civile. Il danneggiato può spiegare la sua azione dinanzi all' autorità giudiziaria competente per ragione di valore (art. 405).

§ 555.° La violazione colposa delle leggi e regolamenti su la tenuta dei libri o registri dello stato civile, può anche dar luogo all'azione penale, allorchè è commessa dalle persone che sono legittimamente incaricate della medesima: la pena che la legge applica in tal caso è quella del carcere estendibile a sei mesi e la multa da lire cinquantuno a cinquecento (art. 520 cod. pen.).

§ 556.° Finalmente se si trattasse di creare certificati falsi, o sopra certificati veri alterare le clausole sostanziali dell' atto, mercè lo scambio fraudolento del sesso, del nome dei genitori, della età, od al-

tre qualsiesi enunciazione essenziale all' atto, la pena sarebbe quella della reclusione o del carcere, giusta l' art. 366 del codice penale, secondochè il reato è commesso dal pubblico ufficiale con abuso di ufficio, o dal privato, non già quella prescritta dagli art. 341 e 343 del codice stesso nei quali s'incrimina il falso istrumentario.

FINE DEL PRIMO VOLUME.

APPENDICE

Num. 1.

R. Decreto *contenente disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile.*

Relazione sulle disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile fatta a S. M. dal ministro guardasigilli nell'adienza del 30 novembre 1865.

Sire,

La legge del 2 aprile che autorizza il Governo di V. M. a pubblicare varii Codici, nell' art. 2 gli accorda eziandio la facoltà di fare le disposizioni transitorie. Ora per ciò che riguarda il Codice civile, un progetto di legge transitoria già venne elaborato dal mio onorevole predecessore, commendatore Pisanelli, e comunicato ai funzionari giudiziari del Regno che furono solleciti nel trasmettere le loro osservazioni, frutto di accurato e profondo esame.

Colla scorta di questi elementi la Commissione nominata da V. M., sulla proposta del mio onorevole predecessore commendatore Vacca, che pochi mesi prima si consacrò col massimo zelo alla revisione del Codice civile, compilò uno schema di disposizioni transitorie che reputo meritevoli della Sovrana sanzione.

L'esposizione dei principii che servirono di guida alla Commissione, paleserà i motivi pei quali il riferente dà la sua piena adesione al lavoro della medesima.

Allorchè s'intraprende la compilazione di una legge transitoria, la prima indagine che si presenta, è quale ne debba essere l'estensione e quale il metodo da seguirsi.

Siccome nella formazione di un Codice, così in quella di una legge qualunque, se il legislatore, per amore di escludere ogni dubbio, non deve discendere ai casi particolari, invadendo per tal modo l'uffizio del giudice e il campo della giurisprudenza, non deve neppure risalire a massime astratte e troppo generali che la dottrina insegna, sviluppa e perfeziona.

Altri eccessi sono ugualmente da evitarsi in una legge transitoria. Quando la legislazione civile viene gravemente modificata, molti sono i casi in cui sorge il dubbio, se la nuova legge ovvero la precedente si abbia ad applicare per non offendere i diritti acquistati. La soluzione di tali dubbi vuol essere generalmente abbandonata al senno

dell'autorità giudiziaria, che ha la nobile missione di applicare la legge rettamente e di tutelare i diritti del cittadino. Tutto al più il legislatore può sanzionare la soluzione di certe controversie che implicano molti e gravi interessi, e intorno alle quali già ebbero a pronunziarsi con voto quasi unanime la dottrina e la giurisprudenza.

Non mancano però altri oggetti che è saggio regolare in una legge transitoria. Così talvolta può essere conveniente di porre in armonia il presente col passato, estendendo a questo i benefizi della nuova legge senza scapito di alcuno. Parimente, quantunque massime universalmente ricevute determinino l'efficacia della nuova legge riguardo allo stato delle persone, alle capacità e ai diritti che ne derivano, in certi casi tuttavia l'equità consiglia di rendere meno violenta la transizione, e riesce opportuno di dare norme speciali per le tutele e le interdizioni già sussistenti al tempo dell'attuazione del nuovo Codice.

Inoltre vi sono riforme che rimarrebbero sterili ed inefficaci per un lungo periodo d'anni, se il legislatore non rivolgesse l'attenzione anche al passato e non imponesse l'adempimento di nuove condizioni per la conservazione di diritti precedentemente acquistati. Se questa facoltà è riconosciuta nel legislatore anche da coloro che condannano qualunque effetto retroattivo della legge, egli però deve usarne con prudenza per non aggravare di troppo la condizione dei cittadini e porre con facilità a repentaglio i loro diritti.

Per ultimo in mancanza di un nuovo Codice penale è necessario stabilire quali siano le conseguenze civili delle condanne penali; e per la completa unificazione della legislazione civile è d'uopo provvedere allo scioglimento delle sostituzioni fedecommessarie e dichiarare redimibili le enfiteusi già costituite in tutte le provincie del Regno.

Le premesse considerazioni generali rendono agevole il dar ragione delle singole disposizioni contenute nel qui unito schema, epperciò il riferente limiterà il discorso alle principali.

Sarebbe incongruo e contrario al pubblico bene di mantenere ad un tempo in vigore diverse leggi circa i modi di acquistare o di perdere le qualità di cittadino. Laonde coll'articolo 1° si estendono le disposizioni del nuovo Codice civile a coloro che secondo le leggi anteriori hanno perduto la cittadinanza e desiderano riacquistarla, come pure alla moglie ed ai figli minori dello straniero che ha acquistato la cittadinanza secondo le leggi anteriori, o di colui che acquistò la cittadinanza in paese estero prima dell'attuazione di detto Codice.

Giusta le leggi tuttora vigenti può accadere che, indipendentemente da condanna penale, taluno incorra nella perdita del godimento dei diritti civili, ritenendo tuttavia la qualità di cittadino. Questo fatto anomalo che il nuovo Codice saggiamente non riconosce, viene a scomparire anche nei casi verificatisi anteriormente in forza dell'articolo 2°.

Se la legislazione di un paese deve costituire un complesso armonico, ciascun ramo di essa ha però il suo peculiare subbietto e i suoi razionali confini, la cui violazione genera sempre confusione, e spesso

è occasione di disposizioni censurabili o di erronee interpretazioni. Obbedendo a questo concetto fondamentale il Codice civile italiano abbandona al Codice penale l'uffizio di determinare le conseguenze delle pene in ordine alla condizione giuridica dei condannati. Ma, finchè non vi si provvegga con un nuovo Codice penale, è necessità riempire tale lacuna con una particolare disposizione.

Ora qual' è il migliore fra i vari sistemi che furono adottati o si possono proporre in questo argomento? Non occorre nemmeno ragionare della morte civile che, riprovata con voce unanime dai cultori della scienza, nella stessa Francia fu abolita con legge 31 maggio 1854. La privazione dei diritti civili sancita dal Codice albertino pare essa pure esorbitante, ed è censurata da profondi pensatori. La civiltà dei nostri tempi non tollera, che si aggravi la condizione del colpevole e lo si privi di diritti preziosi (che propriamente naturali e non civili si dovrebbero denominare), senzachè la necessità della difesa sociale imperiosamente lo esiga; molto meno poi tollera quelle incapacità, i cui effetti ricadono per intero su persone innocenti. Per altra parte vi sono diritti, il cui esercizio riguarda i più vitali interessi dello Stato e della famiglia, e che perciò non si possono accordare a chi se ne rende immeritevole con fatti che turbano gravemente l'ordine e la sicurezza sociale. Inoltre la natura stessa delle pene più gravi non permette, che al condannato si conservi la libera amministrazione e la piena disponibilità de' suoi beni.

A tutte le accennate esigenze sembra soddisfare l'articolo 3, secondo cui le condanne alle pene di morte, dell'ergastolo e dei lavori forzati a vita traggono seco la perdita dei diritti politici, della potestà patria e maritale, e la interdizione legale del condannato, il quale può disporre de'suoi beni solo per testamento.. Questa disposizione che segna un nuovo passo nella via della unificazione legislativa, è essenzialmente la riproduzione del diritto ora vigente nelle provincie napolitane e siciliane.

Dal momento che il citato articolo più non ammette certe incapacità civili, ragion vuole che le medesime cessino eziandio pei condannati precedentemente al 1° gennaio 1866, come si dichiara nell'articolo 5.

Anche per ciò che riguarda l'assenza, vi sono differenze tra il nuovo Codice e le leggi attuali, e tali differenze sono gravi specialmente nelle provincie lombarde, ove il sistema attualmente ricevuto può riassumersi nella deputazione di un curatore per gli assenti e nella dichiarazione di morte dei medesimi. Le difficoltà che possono presentarsi in questo argomento, sono previste e risolte dall'articolo 5.

Non si può affermare, che la podestà civile rivendichi il pieno esercizio de' suoi diritti, se non vengono sottoposte alla cognizione dei magistrati civili tutte le cause matrimoniali, e così quelle eziandio che siano pendenti davanti le autorità ecclesiastiche al giorno dell'attuazione del nuovo Codice. Del resto è inconcusso il principio, che le nuo-

ve leggi sulla competenza si debbono applicare anche ai giudizi già cominciati. Ma affinchè non possa mai dubitarsi, quale sia il magistrato davanti il quale si deve portare la causa pendente davanti l'autorità ecclesiastica, l'articolo 6 contiene la norma da osservarsi in tutti i casi.

Secondo l'articolo 3 della legge sarda 6 dicembre 1837 le disposizioni relative alle indagini sulla paternità non sono applicabili ai figli nati prima dell'osservanza del Codice albertino. L'articolo 7 dello schema in discorso conferma l'accennata regola, e la estende ai figli solo concepiti e alle indagini sulla maternità. E per verità è conforme a ragione, che la prova di un fatto da cui derivano diritti ed obbligazioni, sia retta dalla legge sotto il cui impero quel fatto ebbe luogo.

Gli articoli 9, 10, 11 e 17 dichiarano immediatamente applicabili in tutti i casi le disposizioni del nuovo Codice relative all'esercizio della patria podestà, all'usufrutto legale spettante ai genitori ed alla emancipazione dei figli. Per rendere tuttavia meno aspro il passaggio si conserva talvolta ai genitori l'usufrutto per un anno dopo la maggior età o l'emancipazione dei figli.

Così pure gli articoli 12 e seguenti applicano le disposizioni del nuovo Codice alle tutele già aperte al giorno dell'attuazione del medesimo, conservando però in uffizio i tutori attuali e dichiarando ferme le cauzioni da essi date e le ipoteche competenti sui loro fondi, finchè il consiglio di famiglia non abbia altrimenti provveduto.

L'interdizione già pronunziata non può di diritto convertirsi in semplice inabilitazione: è indispensabile l'intervento dell'autorità giudiziaria, che è reso agevole dall'articolo 18.

L'articolo 1 della legge sarda 3 maggio 1857 stabilisce che saranno liquidate le piazze di speziale e di farmacista, rinviando le norme della liquidazione ad una futura legge speciale che finora non fu emanata. Continuando pertanto a sussistere dette piazze, di cui non è parola nel Codice civile italiano, anche dopo la sua attuazione rimarranno in vigore le leggi attuali che ne determinano la natura e le regolano come beni, giusta l'articolo 20 dell'unito schema.

Affinchè tutte le successioni che siano per aprirsi dopo l'attuazione del Codice italiano, siano da questo per intero regolate, l'articolo 22 dichiara prive di effetto le rinunzie delle femmine e dei professi religiosi: essi però, in conformità del capoverso dell'articolo 28 dovranno conferire ciò che abbiano ricevuto in occasione della rinunzia.

In alcune provincie del Regno, secondo le leggi attuali, sono validi certi testamenti per atto privato, quantunque non siano scritti, datati e sottoscritti di mano del testatore. Ora se la legge in vigore al tempo del fatto testamento è quella che ne regola la forma estrinseca, è però da evitarsi che sotto l'impero del nuovo Codice si facciano e sortano il loro effetto testamenti dal medesimo non approvati. Un mezzo prudente di conciliazione è in proposito adottato dall'articolo 23.

Il divieto di qualsivoglia sostituzione fedecommessaria per l'avvenire non provvede pienamente agl' interessi economici del Regno, se ad un tempo non si sciolgono quelle già sussistenti. L' articolo 24 soddisfa a questo bisogno, e, preferendo il sistema seguito dal Parlamento subalpino, riserva la proprietà della metà dei beni al primo o ai primi chiamati, nati o concepiti al 1° gennaio 1866. E l'articolo 25 garantisce l'adempimento dei pesi inerenti ai disciolti fedecommessi o maggioraschi.

Ogniqualvolta in Italia e fuori si variò la quantità della porzione legittima o si conferì il diritto di conseguirla a persone che prima ne erano escluse, è sorto il dubbio dà qual legge dovesse dipendere la riduzione delle donazioni divenute perfette anteriormente all' introdotta riforma. L'articolo 27, seguendo l' esempio di altre leggi transitorie, dà la preferenza all' opinione per la quale generalmente si pronunziarono gli scrittori ed i magistrati. Ma se la riduzione delle donazioni, che divennero perfette prima dell'attuazione del nuovo Codice, è regolata dalle leggi anteriori, l'articolo 28 le dichiara soggette a collazione secondo le norme di esso Codice.

I quattro successivi articoli dal 29 al 32 riguardano un argomento, su cui leggi moltiformi si trovano in vigore nelle varie provincie, e di esse leggi estendono a tutto il Regno quelle disposizioni che, senza urtare contro il rispetto dovuto ai diritti acquistati, rispondono ai bisogni ed alle aspirazioni delle odierne società. Il Codice italiano non respinge il contratto di enfiteusi, ma approva un enfiteusi rimodernata, scevra cioè da' suoi vizi antichi e purificata da ogni elemento feudale e fedecommessario. Ora il legislatore, senza tema di violare la giustizia, può troncare ad un tratto le vocazioni di un determinato ordine di persone contenute negli atti di enfiteusi: egli però non ha il potere di cancellarne gli altri vizi, riformando radicalmente le enfiteusi già costituite. L'unica via che rimane per conciliare l' interesse pubblico coi diritti dei privati si è quella di giungere all' abolizione delle enfiteusi antiche, ossia non conformi al nuovo Codice, dichiarandole tutte redimibili mediante un adequato compenso al direttario.

Il Codice italiano estende a molti atti la necessità della trascrizione, e vuole che un'assoluta pubblicità e specialità siano le basi del sistema ipotecario. È questa una delle parti in cui la nuova legislazione maggiormente differisce dalle precedenti. Ora se ad un canto sarebbe cosa utile rinnovare anche il passato ed informarlo al nuovo ordine giuridico, dall'altro canto si assomiglierebbero i cittadini ad un peso troppo grave, e si porrebbe a cimento una enorme quantità di diritti. Saggiamente adunque l' articolo 33 non sottopone alla formalità della trascrizione gli atti che hanno acquistata data certa e sono divenuti efficaci riguardo ai terzi prima dell' attuazione del Codice italiano.

Ma i vantaggi derivanti dalla pubblicità e dalla specialità dei pri-

vilegi e delle ipoteche sono talmente cospicui, che i cittadini non possono lagnarsi se il legislatore impone loro un peso per non procrastinare eccessivamente gli effetti benefici dell' importante riforma. A questo scopo provvedono sette articoli dello schema dal 36 al 43. Col 1° gennaio 1867 non vi saranno più privilegi nè ipoteche occulti, e col 1° gennaio 1868 cesseranno di essere generali tutti i privilegi e tutte le ipoteche. I privilegi e le ipoteche iscritti senza determinazione di una somma di danaro o senza specifica designazione degli immobili devono essere nuovamente iscritti colle indicazioni stabilite dal nuovo Codice.

I privilegi, le ipoteche e le prenotazioni che non siano iscritte contro il possessore dell'immobile al giorno dell' attuazione del nuovo Codice, entro un biennio devono essere nuovamente iscritte anche contro il detto possessore giusta le norme stabilite dal Codice medesimo. Questa disposizione non si applica alle provincie toscane, in cui tutte le iscrizioni furono di recente rinnovate coll'indicazione del terzo possessore giusta le leggi 17 marzo e 8 luglio 1860.

Trascorsi i termini sopra enunciati, l'ipoteca che giusta le leggi anteriori colpisce beni futuri, non ha effetto e non prende grado sui beni posteriormente acquistati dal debitore, se non a misura che è sui medesimi iscritta. Tutte le iscrizioni prese prima dell'attuazione del nuovo Codice debbono rinnovarsi nel termine massimo di quindici anni. Anche i privilegi e le ipoteche competenti secondo le leggi anteriori possono essere ridotti nei casi e per le cause espresse nel nuovo Codice.

Non occorre soffermarsi intorno agli articoli 44, 45, 46 e 47, che riguardano i giudizi pendenti di purgazione e di spropriazione forzata, l'arresto personale già accordato od eseguito contro i debitori, e le prescrizioni cominciate prima dell'attuazione del nuovo Codice.

Una materia, di cui non si occupa nè dovea occuparsi il nuovo Codice civile, è la conservazione degli atti pubblici e privati e la spedizione delle copie dei medesimi. I metodi per tale oggetto sono diversi secondo le varie provincie del Regno, in alcune delle quali è tuttora in vigore il sistema dell' insinuazione, ed in altre quello così detto dell' archiviazione. Ora, finchè non sia unificata anche questa parte della legislazione, è necessità mantenere in osservanza le leggi ed i regolamenti attuali. A scanso di ogni dubbio ciò è dichiarato nel capoverso dell'ultimo articolo.

Questi brevi cenni bastano a palesare l' importanza delle disposizioni contenute nell' unito schema. Se la M. V. si degnerà di approvarle e di apporvi la sua alta sanzione, sempre maggiori saranno i benefizi che si attendono dall'attuazione del Codice civile italiano.

VITTORIO EMANUELE II.

PER GRAZIA DI DIO E PER VOLONTÀ DELLA NAZIONE
RE D'ITALIA.

Vista la legge del 2 aprile 1865, n.° 2215, con la quale il Governo del Re fu autorizzato a pubblicare il codice civile, e fare le disposizioni transitorie e le altre che fossero necessarie per la completa attuazione dello stesso Codice;

Visto il Nostro decreto del 24 giugno 1865, n.° 2358, col quale si mandò a pubblicare il Codice civile da avere esecuzione in tutte le provincie del Regno a cominciare dal 1° gennaio 1866;

Udito il Consiglio dei ministri;

Sulla proposta del Nostro guardasigilli ministro segretario di Stato per gli affari di grazia e giustizia e dei culti;

Abbiamo decretato e decretiamo:

Art. 1. Coloro che secondo le leggi anteriori hanno perduto la cittadinanza, possono riacquistarla uniformandosi al disposto dell'articolo 13 del nuovo Codice civile.

Alla moglie ed ai figli minori dello straniero che ha acquistato la cittadinanza secondo le leggi anteriori, è applicabile la disposizione dell'ultimo capoverso dell'articolo 10 del nuovo Codice.

Alla moglie ed ai figli minori di colui che ha acquistato la cittadinanza in paese estero prima dell'attuazione del nuovo Codice, sono applicabili le disposizioni dei due capoversi dell'articolo 11 dello stesso Codice, salva la disposizione dell'articolo 11 del Codice medesimo.

Art. 2. Coloro che secondo le leggi anteriori sono incorsi, indipendentemente da condanna penale, nella perdita del godimento dei diritti civili, ritenendo la qualità di suddito o cittadino, possono riacquistare il godimento di tali diritti adempiendo entro l'anno dall'attuazione del nuovo Codice alle condizioni stabilite nell'articolo 13 del medesimo. Non adempiendo a tali condizioni nel detto termine, sono riputati stranieri dal giorno dell'attuazione dello stesso Codice.

Art. 3. Fino alla promulgazione di un Codice penale per tutte le provincie del Regno, le condanne alle pene di morte, dell'ergastolo e dei lavori forzati a vita traggono seco la perdita dei diritti politici, della potestà patria e maritale, e la interdizione legale del condannato.

L'interdizione legale toglie al condannato la capacità di amministrare i suoi beni, di alienarli, ipotecarli o disporne altrimenti che per testamento. Al condannato interdetto legalmente è nominato un tutore per rappresentarlo ed amministrare i suoi beni nel modo stabilito dal nuovo Codice per gli interdetti giudizialmente. Le disposizioni riguardanti i beni degli interdetti giudizialmente sono applicabili ai beni del

condannato interdetto legalmente; a questo non può essere assegnato che un tenue sussidio a titolo di alimenti.

L'amnistia, l'indulto o la grazia che condona o commuta la pena, fa cessare l'interdizione legale del condannato, eccettochè la commutazione abbia luogo in altra pena alla quale sia congiunta per legge l'interdizione medesima.

Art. 4. La condizione di coloro che per effetto di condanne penali pronunziate prima dell'attuazione del nuovo Codice sono incorsi nella perdita del godimento, o dell'esercizio dei diritti civili, continua ad essere regolata dalle leggi anteriori; ma le incapacità civili, non più ammesse dall'articolo precedente, cessano di diritto, dal giorno dell'attuazione del detto Codice.

Art. 5. Gli eredi presunti che avessero ottenuto l'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, o quelli che avessero diritto di esservi associati o preferiti secondo le leggi anteriori, hanno gli stessi diritti che loro competerebbero se l'assenza fosse stata dichiarata dopo l'attuazione del nuovo Codice. Essi non hanno però i diritti attribuiti dallo stesso Codice sui frutti dei beni dell'assente, se non dal giorno dell'attuazione del medesimo.

Il curatore od amministratore, nominato giusta le leggi anteriori ai beni di un assente, continuerà nel suo uffizio, senza pregiudizio però dei diritti concessi dal nuovo Codice agli eredi presunti che potranno essere dai medesimi esercitati, purchè siano decorsi i termini all'uopo stabiliti dal Codice medesimo.

I legatari, i donatari e tutti coloro che hanno sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, possono parimente a norma del detto Codice essere ammessi all'esercizio temporaneo di tali diritti.

Art. 6. Le cause di opposizione al matrimonio, di nullità del medesimo, o di separazione dei coniugi, che fossero pendenti davanti le autorità ecclesiastiche al giorno dell'attuazione del nuovo Codice, saranno portate per cura della parte più diligente davanti il tribunale civile del luogo in cui si agita il giudizio.

Se la causa già si agitasse in secondo od ulteriore grado, o vi fosse una sentenza non ancora passata in giudicato, la causa sarà proseguita e la sentenza potrà essere impugnata davanti la Corte d'appello del luogo in cui fu promosso il giudizio.

Art. 7. Le disposizioni degli articoli 189, 190 e della prima parte dell'articolo 193 del nuovo Codice non sono applicabili ai figli nati o concepiti prima della sua attuazione; sono ai medesimi applicabili le disposizioni delle leggi anteriori.

Art. 8. I procedimenti di adozione, già iniziati al giorno dell'attuazione del nuovo Codice, saranno continuati davanti la Corte d'appello secondo le norme stabilite nel Codice medesimo.

Art. 9. I figli di famiglia che al giorno dell'attuazione del nuovo Codice avessero compiuto gli anni ventuno, od avessero contratto matrimonio, sono sciolti dalla patria podestà.

Quelli che al detto giorno non hanno compiuti gli anni ventuno, e non trovansi nello stato di legale o volontaria emancipazione, sono soggetti alla patria podestà o alla tutela giusta le disposizioni dello stesso codice.

Art. 10. L'usufrutto legale già spettante ai genitori sui beni dei loro figli, che non siano legalmente o volontariamente emancipati, è conservato e spetta ai medesimi a norma del nuovo Codice.

Ove l'usufrutto competesse ai genitori anche dopo la maggiore età o l'emancipazione dei figli, è loro conservato pel tempo che rimane a decorrere secondo le leggi anteriori; quando però tale tempo eccedesse il termine di un anno dall'attuazione del detto Codice, l'usufrutto cesserà allo scadere dello stesso anno.

L'usufrutto legale spettante agli altri ascendenti secondo le leggi anteriori cessa coll'attuazione del nuovo Codice, e spetta ai genitori, se ve ne sono, a norma delle disposizioni in esso contenute.

Art. 11. Se giusta le leggi anteriori l'usufrutto è cessato per l'età di anni diciotto del figlio, senza che questo sia legalmente o volontariamente emancipato, i genitori lo riacquistano coll'attuazione del nuovo Codice per il tempo e secondo le regole stabilite nel medesimo.

Se per le leggi anteriori non competesse ai genitori l'usufrutto loro attribuito dal nuovo Codice sui beni dei figli, essi lo acquistano dal giorno dell'attuazione dello stesso Codice anché sui beni già pervenuti ai medesimi.

Art. 12. Coloro che a norma delle leggi anteriori avessero assunto una tutela, continuano ad esercitarla.

Nei casi in cui il nuovo codice attribuisce ad un ascendente o al coniuge la tutela, se questa è esercitata da un'altra persona, o quanto più siano i tutori secondo le dette leggi, il consiglio di famiglia da radunarsi giusta l'articolo 14 del presente decreto delibererà chi debba preferirsi nella tutela, salvo richiamo al tribunale civile.

Art. 13. I protutori nominati secondo le leggi anteriori continuano nell'esercizio delle loro funzioni.

Il tutore surrogato ed il tutore onorario sono considerati come protutori.

Ove più siano i tutori onorari, si provvederà a norma del capoverso dell'articolo precedente.

Quando secondo le leggi anteriori non vi fosse l'uffizio di protutore, il consiglio di famiglia nominerà un protutore.

Art. 14. Anche per le tutele già aperte al giorno dell'attuazione del nuovo Codice è costituito un consiglio di famiglia permanente giusta le disposizioni del medesimo.

Sono obbligati a chiedere la convocazione di tale consiglio, entro tre mesi dall'attuazione dello stesso Codice, i tutori, i protutori e le altre persone indicate nell'articolo 250 del Codice medesimo, sotto le pene in esso stabilite.

La convocazione può anche ordinarsi d'uffizio dal pretore, o sull'istanza del pubblico ministero o del sindaco del comune.

Art. 15. Le cauzioni date dai tutori e le ipoteche competenti sui loro beni secondo le leggi anteriori continuano a sussistere, salvo ciò che è stabilito negli articoli 37, 38, 39, 40 e 41, finchè l'anzidetto consiglio di famiglia non abbia provveduto giusta le disposizioni dell'articolo 292 del nuovo Codice e non siansi eseguiti i dati provvedimenti.

Il consiglio di famiglia delibererà in proposito nella sua prima adunanza.

Lo stesso ha luogo nel caso in cui il tutore non avesse dato cauzione o questa non fosse obbligatoria secondo le leggi anteriori.

Art. 16. Le disposizioni contenute nei precedenti articoli si osserveranno anche nelle tutele dei minori indicati negli articoli 261 e 262 del nuovo Codice, in quanto possono avere applicazione.

Art. 17. I minori che al giorno dell' attuazione del nuovo Codice siano emancipati od abilitati, od abbiano contratto matrimonio, saranno soggetti alle disposizioni da esso stabilite per gli emancipati.

Art. 18. Le interdizioni, le inabilitazioni e qualsiasi deputazione di tutore, curatore o consulente giudiziario, pronunziate dalle autorità giudiziarie secondo le leggi anteriori, continuino ad avere il loro effetto finchè non siasi altrimenti provveduto dall'autorità giudiziaria, sull'istanza di qualunque interessato o del pubblico ministero, a norma delle disposizioni stabilite nel nuovo Codice.

Riguardo però alla capacità di disporre per testamento si osserveranno le disposizioni dello stesso Codice.

Art. 19. I consigli di famiglia e di tutela, i tutori, i protutori, i curatori e gli altri amministratori accennati nei precedenti articoli, devono uniformarsi alle disposizioni del nuovo Codice nell'esercizio delle funzioni loro affidate dal giorno della sua attuazione.

Ogni tutore o curatore deve entro sei mesi dalla detta attuazione, far iscrivere la tutela o cura nei registri indicati nell'articolo 343 dello stesso Codice, semprechè l'iscrizione non siasi già fatta a norma delle leggi anteriori, e salvo ciò che è stabilito nel capoverso dell'articolo 344 del Codice medesimo.

Art. 20. Le piazze di speziale e di farmacista, per le quali non sono ancora stabilite le norme di liquidazione giusta l'ultimo capoverso dell'articolo 1 della legge sarda 3 maggio 1857, N. 2185, continuano come beni ad essere regolate dalle leggi anteriori, salvo ciò che è stabilito riguardo ai privilegi e alle ipoteche inerenti alle dette piazze dagli articoli 37, 38, 39, 40 e 41 del presente decreto.

Art. 21. Le servitù continue non apparenti e le servitù discontinue, siano o non siano apparenti, le quali al giorno dell'attuazione del nuovo Codice sono state acquistate col possesso secondo le leggi anteriori, sono conservate.

Art. 22. Le disposizioni del nuovo Codice contenute nel titolo *delle*

successioni sono anche applicabili alle femmine già dotate o maritate ed ai loro discendenti, e saranno prive di effetto le rinunzie che abbiano fatte nell'atto dotale od altrimenti in conformità delle leggi anteriori, tanto se queste escludano le femmine dalla successione, quanto se le ammettano coi maschi.

Le dette disposizioni sono pure applicabili ai professi religiosi, non ostante le rinunzie fatte dai medesimi giusta le leggi anteriori.

Le stesse disposizioni sono anche applicabili alle successioni tra ascendenti e discendenti legittimati, non ostante qualunque rinunzia o clausola contraria espressa nell'atto e decreto di legittimazione.

Art. 23. I testamenti per atto privato o stragiudiziale fatti a norma delle leggi anteriori, prima dell'attuazione del nuovo Codice, non produrranno alcun effetto se non sono scritti, datati e sottoscritti di mano del testatore, ove la successione si apra dopo decorsi due mesi dalla detta attuazione.

Art. 24. I fedecommessi, i maggioraschi, e le altre sostituzioni fedecommessarie ordinate secondo le leggi anteriore sono sciolti dal giorno dell'attuazione del nuovo Codice.

La proprietà della metà dei beni è attribuita al possessore nel giorno 1° gennaio 1866, e la proprietà dell'altra metà è riservata al primo o ai primi chiamati nati o concepiti al detto giorno, salvo l'usufrutto al possessore. La divisione dei beni può essere promossa tanto dai possessori, quanto dai primi chiamati.

Nei maggioraschi e fedecommessi dotati in tutto o in parte dallo Stato, la nuda proprietà della metà riservata al primo chiamato, se questo non esiste al 1° gennaio 1866, o di una quota proporzionale al concorso dello Stato nella dotazione, è devoluta al patrimonio dello Stato.

Art. 25. All'adempimento degli obblighi e dei pesi inerenti al fedecommesso o maggiorasco sono tenuti i possessori anzidetti, e dopo la loro morte per una metà i loro eredi e per l'altra metà i primi chiamati, compreso lo Stato nel caso espresso nell'ultimo capoverso dell'articolo precedente.

A garantìa degli accennati obblighi spetta un'ipoteca sui beni immobili del fedecommesso o maggiorasco, da iscriversi entro sei mesi dal giorno dell'attuazione del nuovo codice: ove l'ipoteca non sia iscritta nei sei mesi, non ha effetto e non prende grado che dall'iscrizione. La medesima può anche essere iscritta sulle rendite del debito pubblico che costituiscono in tutto od in parte la dote del fedecommesso o maggiorasco.

Art. 26. Le disposizioni del nuovo codice relative al benefizio di inventario sono anche applicabili alle successioni aperte prima dell'attuazione del medesimo, quando l'erede secondo le leggi anteriori sia ancora in diritto di accettare col detto benefizio.

Nondimeno gli atti già cominciati sotto le leggi anteriori si devono compiere secondo le medesime.

I giudizi di ventilazione in corso, semprechè non sia ancora pronunziato il decreto di aggiudicazione dell' eredità, cessano di diritto coll'attuazione del nuovo codice.

Art. 27. Tutte le donazioni divenute perfette prima dell'attuazione del nuovo codice sono regolate dalle leggi anteriori, anche in ciò che riguarda la revocabilità, la risoluzione o la riduzione di esse.

Se la quota legittima fissata dal nuovo codice è minore di quella stabilita dalle leggi anteriori, la riduzione ha soltanto luogo a norma dello stesso codice.

Art. 28. Le donazioni fatte ai discendenti prima dell'attuazione del nuovo codice sono soggette a collazione secondo le norme in esso stabilite.

Le persone indicate nell'articolo 22 del presente decreto devono anche conferire ciò che hanno ricevuto in occasione delle loro rinunzie.

Art. 29. Le rendite, le prestazioni e tutti gli oneri gravanti beni immobili a titolo di enfiteusi, subenfiteusi, censo, albergamento od altro simile, costituite sotto le leggi anteriori, sono regolate dalle leggi medesime.

Il dominio utile dei beni enfiteutici si devolverà però giusta le norme di successione sì legittima come testamentaria stabilite nel nuovo codice, senza riguardo alle vocazioni in favore di un determinato ordine di persone contenute negli atti d'enfiteusi.

Art. 30. È fatta facoltà agli enfiteuti o debitori di rendite semplici o fondiarie, costituite sotto le leggi anteriori, di redimere il fondo o riscattare la rendita giusta le norme rispettivamente stabilite negli articoli 1564 e 1784 del nuovo codice, non ostante qualunque patto in contrario, e salve le originarie convenzioni di affrancazione o riscatto più favorevoli agli enfiteuti o debitori.

Ove si tratti di enfiteusi temporanee, il capitale da pagarsi per l'affrancazione può ricevere un aumento che in caso di contestazione è fissato dall'autorità giudiziaria, premessa una perizia e tenuto conto di ogni pregiudizio che possa derivarne al direttario.

Se il titolo di concessione riservasse al direttario la piena proprietà o la rendita delle piante, l'utilista deve pagargli, oltre al capitale del canone, una somma corrispondente al valore delle piante o alla loro rendita capitalizzata nella ragione legale.

L' utilista deve altresì pagare al direttario la metà di un laudemio nelle enfiteusi perpetue, e tre quarti di laudemio nelle temporanee: il laudemio è fissato secondo i titoli di concessione, e in mancanza di patto speciale, secondo le leggi sotto le quali le concessioni furono fatte.

Art. 31. Per determinare il capitale e la quota di laudemio da pagarsi per l'affrancazione secondo l'articolo precedente, sono riputate perpetue;

1° Le concessioni dichiarate perpetue nei titoli e nei documenti che ne tengono luogo;

2° Le concessioni, delle quali non sia espressa la durata;

3° Le concessioni a cui riguardo si sia riconosciuta o si possa riconoscere obbligatoria per consuetudine od altrimenti, la indeterminata rinnovazione dell' investitura;

4° Le concessioni fatte a favore di una famiglia, linea o discendenza in infinito e senza limite di gradi o di generazioni;

5° Le concessioni che dovessero ancora durare per cento o più anni dall'attuazione del nuovo codice.

La concessione si presume sempre perpetua, salvo consti il contrario dal titolo costitutivo.

Art. 32. Le disposizioni dei tre articoli precedenti si applicano anche alle enfiteusi già rese affrancabili da leggi anteriori al presente decreto.

Nulla però è innovato alle norme stabilite dalle dette leggi per la affrancazione delle enfiteusi di cui spetti il dominio diretto ad un corpo morale, in quanto riguarda;

1° I modi di pagamento più favorevoli agli utilisti;

2° I criteri stabiliti per determinare se un'enfiteusi sia perpetua o temporanea.

La facoltà di consolidare l'utile col diretto dominio, spettante al direttario giusta le precedenti leggi di affrancazione, non può più esercitarsi dopo l'attuazione del nuovo codice, se la domanda non fu proposta prima secondo le stesse leggi.

Art. 33. Gli articoli 1932 e 1942 del nuovo codice non sono applicabili agli atti che hanno acquistato data certa, ed alle sentenze pronunziate prima dell'attuazione dello stesso codice.

Gli effetti di tali atti e sentenze sono regolati dalle leggi anteriori, salvo ciò che è stabilito nei due articoli seguenti.

Ove le leggi anteriori stabilissero per l'efficacia della traslazione riguardo ai terzi una formalità diversa dalla trascrizione, e tale formalità non fosse eseguita al giorno dell'attuazione del nuovo codice, si deve al detto effetto far seguire la trascrizione a norma del codice medesimo.

Art. 34. Se giusta le leggi anteriori la rivocazione, rescissione o risoluzione dell' atto producesse effetto soltanto riguardo ai terzi, che avessero acquistato diritti sull'immobile dopo la domanda giudiziale, indipendentemente dalla trascrizione di essa, questa deve a tale effetto trascriversi entro un mese dal giorno in cui viene proposta.

Ove la domanda fosse stata proposta prima dell'attuazione del nuovo codice, ma non fosse ancora pronunziata la sentenza che dichiara la rivocazione, rescissione o risoluzione, basta al detto effetto che sia trascritta la sentenza entro un mese dal giorno in cui sarà passata in giudicato.

Art. 35. Il venditore, il cui privilegio e la cui ipoteca fosse estinta al giorno dell' attuazione del nuovo codice, può conservare, riguardo ai terzi, l'azione di risoluzione che gli competesse secondo le leggi anteriori, facendo iscrivere tale azione entro sei mesi dall'attuazione del Codice medesimo.

Art. 36. I privilegi, le ipoteche e le prenotazioni competenti, giu-

sta le leggi anteriori, sono conservati in conformità delle medesime, osservate però le disposizioni stabilite in appresso.

Art. 37. I privilegi e le ipoteche che secondo le leggi anteriori fossero efficaci riguardo ai terzi ancorchè non iscritti, o per la cui iscrizione competesse ancora, giusta le stesse leggi, un termine utile che eccedesse l'anno dal giorno dell'attuazione del nuovo codice, devono essere iscritti entro il detto anno per conservare il loro grado.

Quando il termine utile per l'iscrizione non decorresse, giusta le leggi anteriori, nei rapporti del terzo acquirente e dei suoi aventi causa, se non dal giorno della trascrizione del titolo di acquisto, della voltura o di altra simile formalità nei pubblici registri, il privilegio e l'ipoteca devono iscriversi entro un mese dall'attuazione del nuovo codice per conservare i loro effetti secondo le leggi anteriori.

Le prenotazioni concesse sotto le leggi anteriori e non iscritte prima dell'attuazione del nuovo codice, non hanno effetto se non sono iscritte nei dieci giorni dalla detta attuazione.

Art. 38. I privilegi e le ipoteche sì generali come speciali e le prenotazioni competenti giusta le leggi anteriori, e non iscritti al giorno dell'attuazione del nuovo Codice, si devono iscrivere nelle forme e colle indicazioni stabilite dallo stesso codice.

I privilegi e le ipoteche che secondo le dette leggi furono iscritti senza determinazione di una somma di danaro, o senza specifica designazione degli immobili, devono essere nuovamente iscritti colle indicazioni stabilite dal nuovo codice entro un biennio dall'attuazione del medesimo per conservare il loro grado.

Se al giorno dell'attuazione del nuovo codice gli immobili appariscono nei libri censuari passati agli eredi o ad altri aventi causa del debitore, i privilegi, le ipoteche e le prenotazioni, che non siano iscritti contro i detti possessori, devono essere nuovamente iscritti anche contro questi ultimi, giusta l'articolo 2006 dello stesso Codice, entro un biennio dall'attuazione del medesimo, per conservare il loro grado. Questa disposizione non si applica alle provincie toscane.

Art. 39. I privilegi e le ipoteche indicati nell'articolo 37, come pure i privilegi, le ipoteche e le prenotazioni indicati nei due capoversi dell'articolo 38, che non siano iscritti nelle forme e nei termini in essi stabiliti, non hanno effetto e non prendono grado che dall'iscrizione fatta giusta il nuovo Codice.

Se l'ipoteca colpisce beni futuri giusta le leggi anteriori, essa non ha effetto e non prende grado sui beni che vengono acquistati dal debitore dopo decorsi i detti termini, se non a misura che è iscritta sui beni medesimi.

Art. 40. Le nuove iscrizioni dei privilegi e delle ipoteche, indicati nei due capoversi dell'articolo 38, saranno eseguite senza pagamento di tassa e spesa di carta bollata.

Le disposizioni del nuovo codice, relativamente alle persone cui incombe l'obbligo d'eseguire le iscrizioni, sono applicabili alle stesse

persone, eccettuati i cancellieri e i notai, anche per le nuove iscrizioni anzidette.

Art. 41. Le rinnovazioni delle iscrizioni, prese prima dell'attuazione del nuovo Codice, devono farsi nelle forme stabilite in esso, e colle indicazioni espresse negli articoli 1987 e 2006 dello stesso Codice.

Le dette iscrizioni si devono rinnovare nel termine stabilito dalle leggi anteriori. Se il termine fosse sospeso da legge o provvedimento speciale, le iscrizioni devono rinnovarsi nel termine stabilito dalle stesse leggi anteriori, computato il tempo decorso durante la sospensione: ove però, fatta tale computazione, il termine fosse già scaduto, o fosse per scadere prima dell'attuazione o entro l'anno dell'attuazione del nuovo Codice, il termine utile per la rinnovazione resta prorogato a tutto il detto anno.

Quelle fra le anzidette iscrizioni che secondo le leggi anteriori fossero dispensate dalla rinnovazione, ma vi siano soggette secondo il nuovo Codice, devono rinnovarsi nel termine di quindici anni computabili dall'attuazione del medesimo.

Le rinnovazioni che occorressero in appresso, si devono eseguire nel termine fissato dallo stesso Codice.

Art. 42. I privilegi e le ipoteche competenti secondo le leggi anteriori possono essere ridotti nei casi e per le cause espresse nel nuovo Codice.

La riduzione e la cancellazione dei privilegi e delle ipoteche è sempre fatta nelle forme stabilite dallo stesso Codice.

Art. 43. Il diritto o benefizio di separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede, competente a norma delle leggi anteriori, potrà esercitarsi anche dopo l'attuazione del nuovo Codice, adempiendo alle formalità da esso volute, semprechè non sia decorso il termine stabilito dalle dette leggi per esercitarlo.

Quando secondo le stesse leggi non fosse stabilito o non si trovasse in corso alcun termine, o questo eccedesse tre mesi dal giorno dell'attuazione del nuovo Codice, le accennate formalità dovranno adempiersi nei tre mesi dal detto giorno.

Art. 44. Gli atti fatti giusta le leggi anteriori nei giudizi di purgazione o di spropriazione forzata, che saranno pendenti al giorno dell'attuazione del nuovo Codice, sono regolati dalle stesse leggi, sia per gli effetti che possono produrre, sia pei termini che si trovassero in corso al giorno anzidetto.

Art. 45. Quando secondo le leggi anteriori non fosse necessaria la trascrizione del titolo o l'iscrizione dell'ipoteca legale a favore della massa dei creditori nelle purgazioni, e del precetto di pagare o dell'atto di pignoramento nelle spropriazioni, si deve trascrivere il titolo, il precetto o l'atto di pignoramento degli immobili, od iscrivere l'ipoteca legale nei tre mesi dall'attuazione del nuovo Codice.

Ove però sia stata pronunziata una sentenza che secondo le dette

leggi debba essere trascritta, si trascriverà la sentenza medesima.

Art. 46. L' arresto personale accordato in materia civile, prima dell'attuazione del nuovo Codice, non può aver luogo se non nei casi, nei quali è permesso dal Codice stesso.

Ai debitori già arrestati sono altresì applicabili tutti i benefizi del nuovo Codice.

Il minor tempo da questo fissato per la durata si computa in ogni caso dal giorno del seguìto arresto.

Art. 47. Le prescrizioni cominciate prima dell'attuazione del nuovo Codice sono regolate dalle leggi anteriori.

Nondimeno le prescrizioni cominciate prima della detta attuazione e per le quali, secondo le leggi anteriori, si richiederebbe ancora un tempo maggiore di quello fissato dal nuovo Codice, si compiono col decorso del tempo fissato in esso, computabile dal giorno dell' attuazione del medesimo.

Art. 48. Nelle materie che formano soggetto del nuovo Codice, cessano di aver forza dal giorno dell' attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali o speciali, come pure gli usi e le consuetudini, a cui il Codice stesso espressamente non si riferisca.

Continuano ad aver forza le disposizioni vigenti nelle diverse provincie del regno, riguardanti i modi di conservare gli atti sì pubblici come privati, e gli uffiziali autorizzati a rilasciare le copie.

Ordiniamo che il presente Decreto, munito del sigillo dello Stato, sia inserito nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del regno d'Italia, mandando a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Dato a Firenze, addì 30 novembre 1865.

VITTORIO EMANUELE

Cortese

Num. 2°.

R. Decreto e Regolamento *nell'ordinamento dello stato civile.*

VITTORIO EMANUELE II.

PER GRAZIA DI DIO E PER VOLONTÀ DELLA NAZIONE RE D'ITALIA.

Vista la legge del 2 aprile 1865, n.° 2215, con la quale il Governo del Re fu autorizzato a pubblicare il codice civile, ed a fare quelle altre disposizioni che sieno necessarie per la completa attuazione del medesimo;

Visto il Nostro decreto del 25 giugno 1865, n.° 2358, col quale si mandò a pubblicare il codice civile per tutte le province del Regno;

Volendo provvedere al completo ordinamento dello stato civile;

Udito il Consiglio dei ministri;

Sulla proposta del Nostro guardasigilli ministro segretario di Stato per gli affari di grazia e giustizia dei culti;

Abbiamo decretato e decretiamo quanto segue:

TITOLO I.

DEGLI UFFICIALI DELLO STATO CIVILE E DELLE LORO ATTRIBUZIONI.

Art. 1. Il sindaco, o chi ne fa le veci, è l' ufficiale dello stato civile.

Egli può delegare le funzioni stesse ad un assessore o ad un consigliere comunale.

Per gli atti di nascita o di morte può anche delegare il segretario comunale.

La delegazione deve essere approvata dal procuratore del Re.

Art. 2. L'atto di delegazione deve farsi in doppio originale, e da esso deve risultare l' accettazione della delegazione, quando non si tratta del segretario comunale; o di colui che fa le veci del sindaco nei quartieri della città, nelle borgate o frazioni di un comune.

Il procuratore del Re appone a ciascun originale la sua approvazione.

Uno degli originali viene depositato nella cancelleria del tribunale, e l'altro negli archivi comunali per essere conservati tra gli atti dello stato civile.

Art. 3. Quando le grandi città siano divise in quartieri, quando un comune di terraferma comprenda un'isola, ovvero quando una borgata o frazione di comune non possa, per ostacoli naturali avere facili comunicazioni col capo-luogo, o concorrano circostanze gravi, possono istituirsi in ciascun quartiere, isola, borgata o frazione di comune e vengono distinti con numero progressivo.

Le delegazioni in questi casi debbono essere fatte alla persona che in ciascun quartiere, isola, borgata o frazione di comune fa le veci del sindaco, od anche alla persona di un elettore, osservando le formalità stabilite dagli articoli precedenti.

Art. 4. La delegazione non ispoglia il sindaco della sua qualità legale di ufficiale dello stato civile; egli o chi ne fa le veci può sempre ricevere gli atti, anche indipendentemente dal caso di assenza o d'impedimento del delegato.

Art. 5. La delegazione dura finchè non sia rivocata con altro atto del sindaco, o finchè non siano trascorsi trenta giorni dalla notificazione fatta dal delegato al sindaco della sua rinunzia.

L'atto di rivocazione e quello di rinunzia sono depositati negli archivi comunali, e il sindaco ne spedisce copia autentica al procuratore del Re, per essere depositata nella cancelleria del tribunale.

Art. 6. L'ufficiale dello stato civile è incaricato:

1° Di ricevere tutti gli atti concernenti lo stato civile;

2° Di custodire e conservare i registri e qualunque atto che vi si riferisca;

3° Di rilasciare gli estratti e i certificati negativi che concernono lo stato civile, e copia degli atti esistenti nel proprio ufficio e dei loro allegati quando provengono da estero Stato.

Art. 7. L'ufficiale dello stato civile non può ricevere gli atti, nei quali esso o i suoi parenti o affini in linea retta in qualunque grado, o in linea collaterale sino al secondo intervengono come dichiaranti.

Art. 8. I cancellieri dei tribunali ed ogni altro depositario degli originali dei registri suddetti possono rilasciare gli estratti e i certificati negativi, o copie degli atti da essi custoditi soltanto nei casi seguenti:

1° Quando siano smarriti o siano stati distrutti i registri del comune nei quali erano gli atti di cui si chiede copia, o riguardo ai quali si domanda un certificato negativo;

2° Quando nel registro esistente nell'uffizio comunale manchi l'atto che si trova nel registro corrispondente presso loro depositato;

3° quando l'atto esistente nel registro dell'uffizio comunale non sia conforme a quello depositato nella cancelleria del tribunale;

4° Quando si richiede copia di qualcuno dei documenti allegati al doppio registro presso loro depositato, purchè tali documenti provengano da paese estero.

I fatti accennati nei numeri 1 e 2 sono, occorrendo, accertati con certificato dell'ufficiale dello stato civile.

Art. 9. Non ostante il disposto dell' articolo precedente, i cancellieri di tribunale e gli altri depositari degli originali dei registri possono attestare a piè degli estratti rilasciati dagli ufficiali dello stato civile la loro conformità coi registri da essi custoditi.

Art. 10. Adempiono alle funzioni di ufficiale dello stato civile nei casi speciali determinati dalla legge:

I regi agenti diplomatici o consolari e gli ufficiali che ne fanno le veci.

I commissari di marina sui bastimenti della regia marina, ed i capitani o patroni sui bastimenti di privata proprietà, o coloro che ne fanno le veci:

Gli impiegati specialmente designati dai regolamenti militari.

Art. 11. Le autorità marittime cui saranno consegnati dai commissari di marina, dai capitani o patroni gli atti originali di nascita o di morte da essi ricevuti, e gli impiegati designati dai regolamenti militari debbono, come i regi agenti diplomatici, trasmettere gli atti loro consegnati o da loro ricevuti ai rispettivi ministeri entro un termine non maggiore di tre mesi, affinchè siano da questi fatti pervenire agli ufficiali indicati dall' articolo 368 del codice civile.

Art. 12. Gli agenti diplomatici e consolari possono rilasciare le copie autentiche degli atti contenuti nei loro registri.

Art. 13. Gli ufficiali dello stato civile si debbono conformare alle istruzioni che loro vengano date dal Ministero di grazia e giustizia.

Essi sono sotto l'immediata e diretta vigilanza dei procuratori del Re, e debbono corrispondere coi medesimi per tutto ciò che riguarda lo stato civile.

TITOLO II.

DELLE NORME GENERALI RELATIVE AI REGISTRI ED AGLI ATTI DELLO STATO CIVILE.

Art. 14. In ciascun officio di stato civile si debbono tenere i seguenti registri:

1° Di cittadinanza;
2° Di nascita;
3° Di matrimonio;
4° Di morte.

Art. 15. I registri debbono essere in tutto il Regno conformi al modello annesso al presente regolamento.

Art. 16. Il sindaco di ogni comune trasmette nell' ottobre di ciascun anno al presidente del tribunale i registri occorrenti per l'anno successivo perchè siano vidimati.

Il presidente ha cura che i registri siano tosto vidimati e restituiti al sindaco entro i primi quindici giorni di dicembre.

Art. 17. Gli atti dello stato civile iscritti sui registri debbono in margine e di contro alla prima linea portare un numero d'ordine progressivo, e sotto al numero il nome e cognome della persona cui l'atto si riferisce.

Art. 18. Il primo atto che si riceve in un registro deve essere steso immediatamente dopo la menzione fatta dal presidente o dal giudice delegato del numero dei fogli di cui si compone il registro.

Gli altri atti sono stesi di seguito sul registro senz' alcuno spazio in bianco.

Qualora nell' atto una linea non rimanga scritta per intero, sarà alla presenza delle parti e dei testimoni coperta con una riga d' inchiostro.

Art. 19. Qualunque quantità che si voglia esprimere con cifre numeriche sarà scritta in lettere per disteso come le date.

Art. 20. I registri debbono essere scritti con carattere chiaro senza abbreviature, raschiature o parole sovrascritte ed altre, sia nella linea, sia nello spazio intermedio alle linee.

Occorrendo il cancellare, variare od aggiungere una o più parole all' atto, l' ufficiale dello stato civile circonderà le parole che si vogliono cancellare con una linea per modo che le medesime possono in ogni tempo essere lette, noterà le variazioni od aggiunte a piè dell'atto per postilla, e dichiarerà il numero delle parole cancellate e

delle postille fatte prima delle sottoscrizioni dei dichiaranti e dei testimoni.

Art. 21. I due originali saranno sottoscritti contemporaneamente dalle parti, dai testimoni e dall' ufficiale dello stato civile.

La firma apposta dall'ufficiale dello stato civile chiude l'atto.

L'atto chiuso non può più essere variato.

Art. 22. Quando la legge richiede in modo espresso l' intervento del segretario comunale, questo deve anche firmare l' atto ricevuto dopo l'ufficiale dello stato civile.

Art. 23. L'uffiziale dello stato civile, quando riceve un atto, deve dichiarare la sua qualità.

S'egli non è il sindaco, deve anche enunciare se riceve l'atto per assenza o per impedimento di lui, ovvero se per delegazione avuta, nel qual caso indicherà la data dell'atto di delegazione.

Art. 24. Se dopo aver ricevuto una dichiarazione sopravvenga una causa qualunque che impedisca il compimento dell'atto, l'ufficiale dello stato civile deve fare menzione della causa per la quale l'atto rimane incompleto, e delle circostanze speciali del caso.

Art. 25. I documenti, di cui occorre fare menzione nello stendere gli atti dello stato civile, debbono enunciarsi con precisione, indicandone la qualità, la data, l'autorità da cui emanarono e quelle altre particolarità che secondo i casi valgono a bene designare il documento.

Art. 26. La trascrizione degli atti sopra i registri dello stato civile si compie in due modi: o trascrivendo l' atto esattamente e per intero sopra ambidue i registri originali, oppure inserendo il medesimo nel volume degli allegati.

In questo secondo caso si fa costare l' inserzione con un processo verbale steso sopra ambidue i registri originali.

La trascrizione si opera nel primo degli accennati modi soltanto quando sia espressamente ordinata.

Art. 27. La trascrizione può essere chiesta da un privato che vi abbia interesse o dall' autorità governativa per mezzo del procuratore del Re.

L'ufficiale dello stato civile farà in ogni caso constare da chi gli provenga la richiesta.

Art. 28. Quando l' atto è scritto in lingua straniera, se ne trascrive la traduzione in lingua italiana.

Art. 29. Il mattino del 1° gennaio di ciascun anno l'ufficiale dello stato civile stende su ciascun registro ed immediatamente dopo l' ultimo atto il processo verbale, con cui dichiara chiuso il registro, indicando quale sia il numero degli atti iscritti su ciascuno dei medesimi.

Art. 30. Chiusi i registri, egli forma tosto per ciascuno di essi un indice in ordine alfabetico dei cognomi di coloro, cui gli atti si riferiscono, in conformità del modello annesso al presente regolamen-

to per essere depositato entro i primi quindici giorni di gennaio coi registri stessi negli archivi del comune e presso la cancelleria del tribunale.

Art. 31. Oltre l'indice annuale sarà compilato, nel gennaio dell'anno successivo ad ogni decennio, un indice dei dieci anni precedenti in doppio esemplare, giusta il modello annesso al presente regolamento.

Uno degli esemplari viene depositato negli archivi dello stato civile del comune, e l'altro si trasmette al procuratore del Re.

Nei comuni, in cui sono più uffizi di stato civile, l'indice decennale comprende i registri di tutti gli uffici.

Art. 32. Se nel corso dell'anno l'ufficiale dello stato civile riconosce che qualche registro non è sufficiente alla registrazione degli atti sino al 31 dicembre, trasmette un supplemento di registro in doppio esemplare al presidente del tribunale perchè ne faccia la vidimazione.

Il presidente fa espressa menzione nell'intestatura del registro, che questo è un supplemento ad altro registro corrispondente.

Art. 33. Il registro suppletivo si pone in un solo dopo esaurito il registro principale. L'ufficiale dello stato civile stende immediatamente dopo l'ultimo atto del registro principale il processo di chiusura nel modo stabilito dall'articolo 29, enunciando inoltre che al registro sussegue un supplemento.

La serie progressiva dei numeri con cui sono segnati in margine gli atti del registro principale, viene continuata nel registro suppletivo.

Art. 34. Se il giudice istruttore ordina il trasporto dei registri all'ufficio d'istruzione, l'ufficiale dello stato civile si provvede tosto dei registri suppletivi secondo le norme segnate dagli articoli precedenti.

Appena riavuto il registro principale, chiude il registro suppletivo ed iscrive di nuovo gli atti successivi sul registro principale, continuando sempre la serie progressiva dei numeri con cui gli atti sono segnati in margine.

Art. 35. Se nella tenuta dei registri si verifica una mancanza od una interruzione, l'ufficiale dello stato civile ne fa tosto avvertito il procuratore del Re, perchè vi possa provvedere.

Art. 36. Se i due originali registri di una stessa classe che trovansi in corso vanno smarriti o distrutti, l'ufficiale ne avverte tosto il procuratore del Re, ed intanto si provvede, secondo le norme sopra stabilite, di due nuovi registri originali per ricevere gli atti successivi.

Art. 37. Se uno solo degli originali in corso va smarrito o distrutto, il procuratore del Re provvede perchè sotto la vigilanza del pretore venga fatta una copia esatta dell'originale che ancora si conserva.

Nello stesso modo si provvede dal procuratore del Re, quando

vada smarrito o distrutto l' originale già depositato presso la cancelleria.

Se viene smarrito o rimane distrutto l'originale già depositato negli archivi del comune, la copia da estrarsi dall'originale depositato presso la cancelleria viene fatta sotto la vigilanza di un giudice delegato del presidente del tribunale.

TITOLO III.

DEI DOCUMENTI CHE SI PRESENTANO ALL'UFFICIALE DELLO STATO CIVILE.

Art. 38. I documenti, che si presentano all'ufficiale dello stato civile per comprovare le enunciazioni contenute negli atti, vengono ritirati dall'ufficiale e formano gli allegati degli atti stessi.

Art. 39. Gli allegati di ciascun atto sono muniti del *visto* dell'ufficiale dello stato civile e raccolti in un particolare fascicolo.

Art. 40. Sopra di questo fascicolo l'ufficiale indica:

1° Il nome e cognome di coloro, cui l'atto si riferisce;

2° Il registro che contiene l'atto ed il numero progressivo col quale l'atto è nel medesimo segnato;

3° Il numero dei documenti che vi sono inchiusi.

Art. 41. Si formano quattro volumi dei fascicoli che contengono gli allegati, corrispondenti ai quattro registri di cittadinanza, di nascita, di matrimonio e di morte.

I fascicoli sono per ciascuno volume segnati con un numero progressivo, conservando l' ordine cronologico delle date degli atti.

I volumi sono trasmessi coi registri corrispondenti al procuratore del Re per essere depositati presso la cancelleria del tribunale.

Art. 42. I documenti che si presentano all'ufficiale dello stato civile debbono essere autentici, conforme alle leggi sul bollo e sul registro , e legalizzati nei modi stabiliti dalle leggi e dai regolamenti.

I documenti rilasciati da autorità straniere debbono essere legalizzati dal Ministero degli affari esteri o dall' autorità da esso delegata.

Art. 43. Se i documenti sono scritti in lingua straniera debbono essere accompagnati da una traduzione in italiano autenticata dall' agente diplomatico o consolare del paese in cui il documento fu fatto, ovvero da un traduttore ufficiale.

Mancando la traduzione, l'ufficiale dello stato civile od il procuratore del Re nomina un perito d' ufficio che faccia la traduzione a spese della parte richiedente.

La traduzione deve essere confermata dal perito con giuramento.

TITOLO IV.

DEI REGISTRI DI CITTADINANZA.

Art. 44. Nei registri di cittadinanza si ricevono:

1° Le dichiarazioni di chi essendo reputato straniero, può eleggere la cittadinanza italiana;

2° Le dichiarazioni di chi, essendo riputato cittadino italiano, può eleggere la qualità di straniero;

3° Le dichiarazioni di rinunzia alla cittadinanza italiana;

4° Le dichiarazioni di aver fissato o di voler fissare nel regno il domicilio;

5° Le dichiarazioni di trasferimento di domicilio da un comune ad altro del regno.

Art. 45. Nei detti registri si trascrivono i decreti reali con cui è concessa la cittadinanza.

Art. 46. Le dichiarazioni accennate nei numeri 1, 2 e 3 dell'articolo 44 si ricevono dall' ufficiale dello stato civile della residenza del dichiarante, quando risieda nel regno, e dagli agenti diplomatici o consolari se si trovi in paese estero.

I detti agenti trasmettono nei tre mesi successivi alla loro data copia delle dichiarazioni da essi ricevute al ministero degli affari esteri, per cura del quale si fanno pervenire all' ufficiale dello stato civile del luogo dell'ultimo domicilio del dichiarante, od in mancanza dell'ultimo domicilio del padre.

Art. 47. Le dichiarazioni accennate nel numero 4 dell'articolo 44 debbono farsi avanti all'ufficiale dello stato civile del luogo nel quale il dichiarante ha la sua residenza, o nel quale intende fissarla.

Art. 48. Le dichiarazioni accennate nei numeri 1 e 2 dell'articolo 44 debbono esprimere le circostanze, per le quali il dichiarante crede di poterle fare.

Il dichiarante deve inoltre provare, colla produzione dell' atto di nascita o di quello di notorietà, di essere entro l'anno dalla età maggiore determinata secondo le leggi del regno.

Art. 49. La dichiarazione accennata nel numero 4 dell'articolo 44 deve contenere il motivo che la determina, e lo scopo che con essa si vuole raggiungere.

Quando la dichiarazione è fatta da una vedova a norma dell' articolo 14 del codice civile, la medesima deve provare lo stato di sua vedovanza colla produzione dell' atto di morte del marito.

Art. 50. L' ufficiale dello stato civile prima di trascrivere il decreto della concessa cittadinanza riceve il giuramento dello straniero, osservati i riti speciali della religione da lui professata, *di essere fedele al Re e di osservare lo statuto e le leggi del regno*.

L' adempimento di questa formalità deve constare nel processo di trascrizione.

Art. 51. Se l'ufficiale viene richiesto della trascrizione del detto decreto quando sono trascorsi sei mesi dalla data del medesimo, egli deve ricusarsi di ricevere il giuramento e di registrare il decreto.

TITOLO V.

DEI REGISTRI DI NASCITA.

Art. 52. Nei registri di nascita si ricevono:

1° Le dichiarazioni delle nascite;

2° I processi relativi alla presentazione di bambini trovati;

3° I processi di presentazione di bambini, dei quali non fu ancora dichiarata la nascita, e che vengono portati morti all'ufficio dello stato civile.

Art. 53. Nei detti registri si trascrivono:

1° Gli atti di dichiarazione di nascita ricevuti all'estero;

2° Gli atti di dichiarazione di nascita ricevuti durante un viaggio di mare;

3° Gli atti di dichiarazione di nascita ricevuti dagli impiegati militari;

4° Gli atti di dichiarazione di nascita ricevuti dall'ufficiale dello stato civile di un comune in cui un bambino nacque accidentalmente:

5° Le dichiarazioni di consegna di fanciulli ai pubblici ospizi;

6° Gli atti di riconoscimento di figli naturali;

7° I decreti di adozione, legittimazione, cambiamento od aggiunta di nome e cognome, di concessione di titoli nobiltà e di predicato;

8° Le sentenze di rettificazione.

Gli atti accennati nei numeri 1, 2, 3, 4 e 5, debbono essere trascritti esattamente e per intiero.

Art. 54. In margine agli atti di nascita si farà annotazione dei decreti di adozione, di legittimazione, di cambiamento od aggiunta di nome e cognome, di concessione di titoli di nobiltà e di predicato, degli atti di riconoscimento degli atti di matrimonio e delle sentenze di rettificazione passate in giudicato che riguardano l'atto già inscritto sui registri.

Art. 55. Quando l'ufficiale dello stato civile riceve una dichiarazione di nascita senza che ad un tempo si presenti il neonato, deve far constare il motivo per cui ha dispensato il richiedente dalla presentazione del medesimo, e dichiarare di essersi altrimenti accertato della verità della nascita.

Art. 56. Se il bambino non è vivo al momento della dichiarazione di nascita, l'ufficiale si limita ad esprimere questa circostanza nell'atto, e tralascia di stendere alcuna dichiarazione di morte nel registro a ciò destinato.

La dichiarazione di morte si stende però nel caso in cui il neonato venga a morire nell'atto che si dichiara la nascita.

Art. 57. L'ufficiale non può tener conto della dichiarazione che dai comparenti si facesse che il bambino sia nato vivo o morto. Può bensì nell'interesse della statistica raccogliere notizie intorno alle varie condizioni dei nati morti, se cioè siano morti prima, durante, o subito dopo il parto.

Art. 58. Nelle dichiarazioni di nascita di bambini, di cui sono ignoti i genitori, l'ufficiale dello stato civile impone ai medesimi un nome ed un cognome, evitando che siano ridicoli o tali da lasciar sospettare l'origine.

Deve del pari astenersi dal dar loro cognomi appartenenti a famiglie conosciute, e dall'imporre cognomi come nomi, o nomi di città come cognomi.

Art. 59. Trattandosi di bambini trovati o nati da genitori ignoti, i quali debbono portarsi ad un pubblico ospizio, l'ufficiale dello stato civile indica nell'atto l'ospizio cui sono mandati, e rimette alla persona di ciò incaricata una copia della dichiarazione di nascita, perchè sia consegnata al direttore dello stabilimento insieme col bambino e cogli altri oggetti e contrassegni ritrovati presso il medesimo. Il direttore dello stabilimento fa iscrivere almeno sommariamente l'atto nei registri dello stabilimento.

Art. 60. L'ufficiale a cui si presenti una persona per dichiarare una nascita dopo il termine dei cinque giorni fissati dalla legge, o che venga egli stesso a conoscere la ommessa denunzia, deve farne rapporto al procuratore del Re.

Art. 61. L'ufficiale dello stato civile, che fu autorizzato con sentenza a ricevere la dichiarazione tardiva di nascita, trascrive sui registri la sentenza coll'atto stesso con cui riceve la dichiarazione.

TITOLO VI.

DELLA CELEBRAZIONE DEL MATRIMONIO.

CAPO I. — *Registri per la richiesta delle pubblicazioni.*

Art. 62. In ciascun ufficio dello stato civile sarà tenuto un registro speciale per le richieste delle pubblicazioni di matrimonio e poi processi d'affissione delle medesime.

Le norme stabilite dal Codice civile e dal presente regolamento pei registri di cittadinanza, di nascita, di matrimonio e di morte, sono cumuni al registro delle pubblicazioni di matrimonio, salvo ciò che è stabilito negli articoli seguenti.

Art. 63. Il registro per le pubblicazioni è tenuto in un solo originale ed è vidimato dal pretore, osservate le formalità espresse nell'art. 357 del Codice civile.

Art. 64. Questo registro fa parte del volume degli allegati al registro per gli atti del matrimonio. Esso viene trasmesso al procura-

tore del Re soltanto dopo che siano stati celebrati tutti gli atti di matrimonio delle cui pubblicazioni furono nel medesimo ricevute le richieste, ovvero dopo che pel decorso dei 180 giorni indicati nell'articolo 77 del Codice civile le pubblicazioni si considerano come non avvenute.

Art. 65. La richiesta per le pubblicazioni deve farsi all' ufficiale dello stato civile davanti al quale gli sposi celebreranno il matrimonio.

Art, 66. Se la richiesta è fatta da un solo degli sposi o da persona che lo rappresenti, in esecuzione di una promessa di matrimonio fatta per scrittura privata, giusta il disposto dell'articolo 54 del Codice civile, l'ufficiale non può procedere alle pubblicazioni se le firme dei contraenti e di coloro che v'intervennero per dare il loro consenso, non sono autenticate dal sindaco del luogo in cui la promessa fu fatta o da un notaio.

Art. 67. Chi richiede le pubblicazioni deve dichiarare :

Il nome, il cognome, la professione ed il luogo della nascita degli sposi ;

Il luogo di loro residenza nell'ultimo anno;

Il nome, cognome, la professione e la residenza dei loro genitori;

Se gli sposi abbiano ascendenti o padre adottivo , ovvero se sia richiesto il consenso del consiglio di famiglia o di tutela ;

Se tra gli sposi esista un qualche impedimento di parentela o di affinità;

Se gli sposi abbiano già contratto precedente matrimonio;

Se niuno degli sposi si trovi nelle condizioni accennate dagli articoli 61 e 62 del Codice civile.

Le dichiarazioni fatte da chi richiede le pubblicazioni devono essere confermate con giuramento davanti all' ufficiale dello stato civile dai due testimoni che firmano l'atto di richiesta.

Art. 68. Chi richiede le pubblicazioni deve inoltre presentare gli atti di nascita degli sposi e tutti quegli altri documenti, che per le fatte dichiarazioni sono necessarie affinchè possono unirsi in matrimonio.

Art. 69. Se lo sposo è in attività di servizio militare o nel novero di coloro che sono assimiliati ai militari giusta l' articolo 9 del regolamento di disciplina militare approvato col regio decreto del 30 ottobre 1859 , deve presentare il permesso del Re o del Ministero della guerra, in conformità dell'articolo 53 del regolamento suddetto.

Art. 70. Se gli sposi abbisognano del consenso di qualche ascendente, del padre adottivo, o del consiglio di famiglia o di tutela, devono far constare la presentazione del consenso nel modo indicato dall' articolo 81 del Codice civile , o presentare copia del provvedimento di cui all'articolo 87 del Codice stesso, o provare l'impossibilità in cui è l'ascendente di manifestare la sua volontà.

Tale impossibilità si prova:

1° Colla produzione dei relativi documenti, quando essa consti già

in modo legale, come nell'assenza dichiarata, nell'interdizione pronunciata ed in casi simili;

2° Colla produzione di un atto di notorietà redatto nelle forme indicate dall' articolo 80 del Codice civile, quando l' impossibilità non consti ancora altrimenti nei modi legali, come nei casi di assenza presunta, di malattia mentale ed in casi simili.

Art. 71. Gli impedimenti di parentela o di affinità vengono esclusi colla presentazione di una copia del decreto di dispensa.

Art. 72. Se uno degli sposi ha già contratto un precedente matrimonio, deve provare la presente sua libertà di stato colla produzione dell' estratto di morte del precedente coniuge o di copia della sentenza di annullamento.

Trattandosi di una vedova, l'ufficiale dello stato civile avvertirà specialmente che siano decorsi i dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio precedente, a norma dell' articolo 57 del Codice civile.

Art. 73. Se gli sposi ottennero la dispensa da una delle pubblicazioni, chi le richiede presenta il decreto di dispensa.

Art. 74. L'ufficiale dello stato civile, prima di chiudere il processo verbale che contiene le dichiarazioni accennate nell' articolo 67 e la menzione dei documenti in conseguenza delle medesime presentati, indica quali siano i comuni in cui devono eseguirsi le pubblicazioni.

Art. 75. Quando uno degli sposi ha avuto nell'anno precedente la sua residenza all'estero, l'ufficiale fa eseguire le pubblicazioni nel luogo del suo ultimo domicilio.

Lo sposo deve far constare la sua libertà di stato pel tempo che dimorò all'estero.

Art. 76. La richiesta delle pubblicazioni che si faccia da un sordo-muto, che sappia leggere e scrivere, viene presentata in iscritto.

Se il sordo-muto non sa scrivere, l'ufficiale dello stato civile chiama un interprete fra i parenti del medesimo o le persone che più gli sono famigliari, e fattolo giurare di tradurre fedelmente i segni, riceve la richiesta.

Art. 77. Quando gli sposi siano stati dispensati da ambedue le pubblicazioni, l'ufficiale dello stato civile prima di procedere alla celebrazione del matrimonio riceve la dichiarazione indicata nell' articolo 67 coi documenti giustificativi, e ne stende processo verbale nel registro per la richiesta delle pubblicazioni, accennando in fine del medesimo che queste si omettono per dispensa ottenuta.

Art. 78. Nel caso di imminente pericolo di vita, se gli sposi hanno prole naturale vivente che intendono di legittimare, l'ufficiale dello stato civile può procedere alla celebrazione del matrimonio, omessa ogni formalità, purchè vi preceda la dichiarazione giurata di quattro testimoni che accertino non esistere fra gli sposi impedimenti di parentela, di affinità o di stato, e siavi consenso degli ascendenti e del tutore.

Capo II. — *Delle dispense dalle pubblicazioni e dagli impedimenti del matrimonio.*

Art. 79. Le domande per ottenere la dispensa dall'impedimento di età e dagli impedimenti indicati nei numeri 2 e 3 dell' articolo 59 del Codice civile sono indirizzati al Ministero di grazia e giustizia per mezzo del procuratore generale presso la Corte d' appello , nella cui giurisdizione i richiedenti od uno di essi hanno la loro residenza.

Art. 80. Alla domanda devono unirsi

Gli atti di nascita degli sposi;

Gli atti di consenso degli ascendenti , del consiglio di famiglia o di tutela, quando questa occorra;

Gli atti che provano i rapporti di parentela e di affinità tra gli sposi, nel caso in cui l'impedimento derivi da tali rapporti;

Tutti gli altri documenti, che, secondo i casi, giustificano i fatti e le ragioni esposte.

Art. 81. Il procuratore generale assume sollecitamente informazione sulla domanda, e la spedisce al Ministero di grazia e giustizia col suo parere e con tutte le carte necessarie.

Art. 82. Il procuratore del Re presso il tribunale, nella cui giurisdizione trovasi l' ufficio nel quale sarà celebrato il matrimonio , è delegato a concedere la dispensa da ambedue le pubblicazioni , se concorrono cause gravissime.

La domanda sarà presentata al procuratore del Re , corredata degli atti di nascita e di consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, ove sia necessario, e degli altri documenti giustificativi che occorrono. Se la dispensa è chiesta da ambedue le pubblicazioni il procuratore del Re trasmetterà prontamente le carte col suo parere al ministro di grazia e giustizia.

Capo III. — *Delle pubblicazioni.*

Art. 83. Ricevuto il processo di richiesta delle pubblicazioni, l'ufficiale dello stato civile stende l'atto di pubblicazione, e la fa eseguire alla porta della casa comunale nelle due domeniche immediatamente successive.

Art. 84. L'atto di pubblicazione deve essere scritto con carattere chiaro e distinto.

Oltre alle circostanze indicate nell'articolo 70 del Codice civile, esso deve enunciare in principio se sia la prima o la seconda pubblicazione, ovvero se sia l'unica per dispensa ottenuta, e davanti a quale ufficiale dello stato civile sarà celebrato il matrimonio.

Art. 85. Se le pubblicazioni devono farsi in altro Comune, l'uffiziale dello stato civile rivolge all'ufficiale di quel comune la richiesta di pro-

cedere alla prima e seconda pubblicazione, ovvero all'unica pubblicazione dell'atto che gli trascrive per intero.

Questa richiesta viene consegnata alla parte istante, affinchè si provveda per la sua esecuzione.

L' ufficiale richiesto trascrive per intero nel registro delle pubblicazioni l'istanza fattagli, e dispone tosto per l' esecuzione delle pubblicazioni nel modo indicato nell'articolo 83.

Art. 86. Ogni comune terrà presso alla porta comunale uno spazio destinato ad uso esclusivo delle pubblicazioni dei matrimoni.

Sopra di questo spazio sarà scritto in carattere grande l'indicazione — *Pubblicazioni di matrimonio.*

Il comune disporrà che gli atti di pubblicazione, sebbene esposti al pubblico, vi rimangono affissi senza pericolo di essere dispersi od in altro modo guasti.

Art. 87. L'ufficiale stenderà di ciascuna affissione distinto processo verbale sopra il registro delle pubblicazioni, indicando se la prima pubblicazione sia stata continuamente affissa nell'intervallo decorso fino alla seconda, e se la seconda, ovvero in caso di dispensa, l' unica pubblicazione sia stata affissa per tre giorni successivi.

Il certificato delle eseguite pubblicazioni da lasciarsi alla parte esprimerà che l'atto vi rimase affisso per tutto il tempo stabilito dalla legge.

Art. 88. I documenti che giustificano le enunciazioni contenute nei verbali di richiesta delle pubblicazioni, sono allegati al registro delle medesime; sono ritirati, ordinati e disposti dall' ufficiale dello stato civile secondo le norme segnate negli articoli 39 e seguenti.

Quando sarà celebrato il matrimonio, gli allegati stessi vengono tolti dal registro anzidetto, e collocati fra gli allegati all'atto di matrimonio.

Art. 89. Trascorsi i tre giorni successivi alla seconda ovvero all'unica pubblicazione, senza che sia stata fatta alcuna opposizione, gli sposi possono presentarsi davanti all'ufficiale dello stato civile cui fecero la richiesta delle pubblicazioni, per essere uniti in matrimonio.

Ove le pubblicazioni dovessero seguire in altri comuni, gli sposi consegnano all' ufficiale i relativi certificati di seguìta pubblicazione.

Fra gli altri allegati all'atto di matrimonio l'ufficiale che lo celebra, inserisce pure un certificato comprovante le seguite pubblicazioni nel suo comune, e la niuna opposizione a lui notificata.

Capo IV. — *Delle opposizioni.*

Art. 90. L'ufficiale dello stato civile il quale conosca ostare al matrimonio un impedimento che non venne dichiarato, deve tosto informarne il pubblico ministero affinchè possa, se lo crede, farvi opposizione, e sospende intanto la celebrazione del matrimonio fino a che il procuratore del Re gli abbia fatto note le sue determinazioni.

Art. 91. Quando sia notificato un atto di opposizione all'ufficiale dello stato civile, questo sospende la celebrazione di matrimonio a norma dell'articolo 90 del Codice civile, se l'opposizione sia fatta da chi ne ha facoltà e per causa ammessa dalla legge.

Art. 92. L'opposizione al matrimonio può sempre essere utilmente fatta prima che il medesimo sia celebrato, ancorchè sia trascorso il termine per cui le pubblicazioni devono rimanere affisse.

Nel caso espresso nell'articolo 96 del Codice civile, l'opposizione può anche essere fatta all'ufficiale delegato, il quale deve in tal caso restituire all'ufficiale delegante la richiesta fattagli coll'atto di opposizione a lui notificato.

Art. 93. In margine al processo verbale di richiesta delle pubblicazioni si deve annotare l'atto di opposizione al matrimonio, il quale viene posto fra gli altri allegati al verbale.

In margine dello stesso verbale si devono pure annotare le sentenze che rigettono od ammettono un'opposizione, e le rinunzie agli atti del giudizio di opposizione, unendole agli altri allegati.

Capo V. — *Dei registri di matrimonio.*

Art. 94. Nei registri di matrimonio si ricevono:

1° Gli atti di celebrazione di matrimonio;

2° Le dichiarazioni di riconoscimento dei figli naturali fatte dagli sposi contemporaneamente alla celebrazione del matrimonio.

Art. 95. Nei registri di matrimonio si trascrivono:

1° Gli atti di matrimonio celebrati all'estero;

2° Gli atti di matrimonio celebrati davanti un altro ufficiale dello stato civile per delegazione fattagli a norma dell'articolo 96 del Codice civile;

3° Gli atti di matrimonio celebrati davanti un altro ufficiale incompetente, nel caso espresso nel capoverso dell'articolo 366 del Codice civile;

4° Gli atti di matrimonio celebrati davanti un altro ufficiale competente per la residenza o il domicilio di uno degli sposi;

5° Le sentenze passate in giudicato colle quali si annulla un matrimonio, e quelle con cui si dichiara la sua esistenza a norma degli articoli 121 e 122 del Codice civile, o si ordina la trascrizione di un atto altrove celebrato, ovvero si rettifica in altro modo un atto di matrimonio già iscritto sui registri.

Gli atti indicati nei numeri 1, 2, 3 e 4 sono trascritti esattamente per intero.

Gli atti di matrimonio indicati nel numero 3 sono trascritti coll'atto stesso, con cui si trascrive la sentenza che ordinò la trasmissione della copia.

Art. 96. In margine degli atti di matrimonio si fa annotazione delle sentenze di rettificazione passate in giudicato che li riguardano.

Art. 97. Il sindaco o chi ne fa le veci deve essere vestito in forma ufficiale per ricevere la dichiarazione degli sposi, e pronunziare la loro unione in nome della legge.

Art. 98. Allo sposo che sia sordo o sordo-muto, ma che sappia leggere, l'ufficiale dello stato civile presenta il codice affinchè legga gli articoli 130, 131 e 132.

Lo sposo sordo-muto che sa scrivere deve fare per iscritto la dichiarazione di volere maritarsi.

Art. 99. Se lo sposo sordo o sordo-muto non sa nè leggere nè scrivere, l'ufficiale dello stato civile chiama un interpetré fra i parenti o famigliari di lui, e fattogli prestare giuramento, si vale del medesimo per indirizzargli le domande, ricevere le risposte, e dargli comunicazione delle disposizioni di legge.

L' adempimento di tali formalità si fa constare nell' atto di matrimonio.

Art. 100. Quando nell' atto della celebrazione di matrimonio gli sposi intendono riconoscere figli naturali, l' ufficiale dello stato civile riceve la dichiarazione, e la fa constare nell'atto stesso di matrimonio.

Se l'atto di nascita dei figli fu già ricevuto nei suoi registri, provvede perchè sia fatta annotazione del riconoscimento su ambidue gli originali.

Art. 101. L' ufficiale dello stato civile, davanti al quale una vedova abbia contratto matrimonio, deve informarne il pretore.

Art. 102. Se uno degli sposi risieda nel distretto di altro ufficiale di stato civile, l' ufficiale che ha celebrato il matrimonio trasmette a lui nel giorno successivo copia autentica dell' atto di matrimonio, al fine indicato nel num.° 4 dell'art. 95.

Art. 103. Quando un ufficiale, valendosi della facoltà concessa dall'articolo 96 del Codice civile, richiede un altro ufficiale della celebrazione di matrimonio, deve nella richiesta esprimere il motivo di convenienza o necessità che lo ha a ciò indotto.

I documenti sono tenuti dall'ufficiale delegante per essere uniti alla copia dell'atto di matrimonio che gli viene trasmessa nel giorno successivo.

Art. 104. L' ufficiale dello stato civile chè celebra il matrimonio deve darne prontamente avviso al procuratore del re presso il tribunale nella cui giurisdizione trovasi il comune in cui ciascheduno degli sposi è nato, od in cui fu trascritto l' atto di nascita nei casi indicati dai numeri 1, 2, 3 e 5 dell' articolo 53.

Se il matrimonio fu celebrato per delegazione, l' avviso viene dato dell'ufficiale delegante, dopo che avrà ricevuto la copia dell' atto di matrimonio di cui nel capoverso dell'articolo precedente.

Questo avviso deve pure essere dato dagli ufficiali dello stato civile i quali trascrivono un atto di matrimonio celebrato all'estero, ovvero una sentenza passata in giudicato colla quale si dichiara l' esistenza di un matrimonio.

Il procuratore del re ricevuto l'avviso provvede tosto a norma dell'articolo 140 per l'occorrente annotazione sui due registri originali delle nascite.

TITOLO VII.

DEI REGISTRI DI MORTE.

Art. 105. Nei registri di morte si ricevono:

1° Le dichiarazioni di morte fatte da due testimoni che non siano informati;

2° Gli atti di morte che l'ufficiale dello stato civile stende in seguito ad avvisi o notizie avute da ospedali, collegi od altro qualsiasi istituto, da ufficiali di polizia, da custodi o carcerieri di prigioni, case d'arresto o di detenzione, o dai cancellieri giudiziari nei casi espressi negli articoli 388, 390, 393 e 394 del Codice civile.

Art. 106. Nei registri di morte si trascrivono:

1° Gli atti di dichiarazione di morte ricevuti all'estero;

2° Gli atti di dichiarazione di morte ricevuti durante un viaggio di mare;

3° Gli atti di dichiarazione di morte ricevuti dagli impiegati militari;

4° Gli atti di dichiarazione di morte accidentalmente avvenuta fuori del luogo, in cui il defunto avea la sua residenza;

5° I processi stesi dal sindaco o da altro pubblico ufficiale per morti avvenute senza che sia stato possibile rinvenire o riconoscere i cadaveri;

6° Le sentenze di rettificazione passate in giudicato.

Gli atti indicati nei numeri 1, 2, 3, 4 e 5 si trascrivono esattamente e per intero.

Art. 107. In margine degli atti di morte si fa annotazione delle sentenze di rettificazione passate in giudicato che li riguardano.

Art. 108. I direttori di collegi, ospedali, istituti, gli ufficiali di polizia. i cancellieri e i custodi di prigioni, di case d'arresto e di detenzione debbono curare che negli avvisi che trasmettono agli ufficiali dello stato civile, si contengano tutte le indicazioni richieste dall'articolo 387 del Codice civile.

Art. 109. Il sindaco od altro pubblico ufficiale, che stende il processo verbale indicato nell' articolo 391 del Codice civile, deve accennare esattamente le circostanze di tempo e di luogo dell' avvenimento occorso, descrivere i cadaveri rinvenuti, gli oggetti ed i segni che su loro si riscontrano, e raccogliere tutte le informazioni e deposizioni che possono servire ad accertare il numero ed i nomi dei morti.

Art. 110. L'ufficiale dello stato civile od il suo delegato, che nel verificare la morte di una persona si accorga di qualche indizio di

morte procedente da reato, deve tosto avvertirne il pretore, dando intanto, se occorre, le disposizioni necessarie perchè il cadavere non sia rimosso dal luogo in cui si trova.

Art. 111. Se l'ufficiale dello stato civile è informato che senza la sua autorizzazione fu seppellito un cadavere, ne farà tosto avvertito il procuratore del Re.

Art. 112. L'ufficiale che fu autorizzato con sentenza a ricevere la dichiarazione di morte relativa a persona, alla quale siasi data sepoltura senza sua autorizzazione, trascrive la sentenza sui registri coll'atto stesso che riceve la dichiarazione.

Art. 113. Ricevuta la dichiarazione di morte relativa ad una persona che abbia lasciato figli in minore età, l'ufficiale dello stato civile ne informa prontamente il pretore.

Art. 114. L'ufficiale dello stato civile deve trasmettere entro i primi quindici giorni di ogni trimestre al ricevitore del registro del distretto, sopra apposito modulo fornito dall'amministrazione del registro, un prospetto autentico di tutte le morti avvenute nel trimestre precedente, facendo cenno nel medesimo della sostanza e degli eredi del defunto, per quanto gli sarà stato possibile averne notizia.

La mancanza della denunzia è punita a norma dell'articolo 72 della legge 21 aprile 1862, n° 585.

Art. 115. L'ufficiale deve parimente notificare agli agenti del tesoro le morti degli impiegati e dei pensionari dello Stato.

Art. 116. Morendo uno straniero nel regno, l'ufficiale spedisce tosto copia autentica dell'atto di morte del procuratore del re per essere trasmessa, col mezzo del Ministero di grazia e giustizia, al Governo del paese cui appartiene il defunto.

Se lo straniero non ha con sè persone di sua famiglia maggiori di età, l'nfficiale rende ad un tempo di ciò informato il procuratore del re, affinchè ne sia avvertito il console del paese a cui esso appartiene.

Art. 117. In esecuzione dell'articolo 93 della legge di pubblica sicurezza, l'ufficiale dello stato civile non rilascia il permesso di sepoltura, se la morte non è accertata da un medico necroscopo o da altro delegato sanitario, salvo i casi espressi nel successivo articolo 94 della legge stessa.

Art. 118. L'ufficiale dello stato civile può rilasciare il permesso di sepoltura di un cadavere anche prima che siano trascorse le ore ventiquattro dalla morte, e le ore quarantotto nei casi di morte violenta, quando ne sia rioonosciuta e dichiarata l'urgenza per gravi motivi di salute dalla Commissione municipale, di cui è cenno nell'articolo 61 del regolamento annesso al regio decreto 8 giugno 1865, n° 2322.

TITOLO VIII.

DEI CAMBIAMENTI E DELLE AGGIUNTE DI NOMI E COGNOMI

Art. 119. Chiunque voglia cambiare il nome o cognome od aggiungere un altro nome o cognome, deve farne domanda al Re per mezzo del Ministero di grazia e giustizia, esponendo le ragioni della domanda, ed unendo l'atto di nascita e gli altri documenti che la giustificano.

Art. 120. La domanda viene presentata al procuratore generale presso la Corte d'appello, nella cui giurisdizione il ricorrente ha la sua residenza.

Il procuratore generale assume sollecitamente informazioni sulla domanda, e la spedisce al ministero di grazia e giustizia col suo parere e con tutte le carte necessarie.

Art. 121. Se il ministro crede che la domanda meriti di essere presa in considerazione, autorizza il richiedente.

1° Ad inserire per sunto la sua domanda nel giornale ufficiale del Regno e nei giornali autorizzati alle inserzioni giudiziali nelle provincie del suo domicilio di origine e della sua residenza attuale, invitando chiunque abbia interesse a presentare le sue opposizioni nel termine stabilito dall'articolo seguente;

2° A fare affiggere da un usciere alla casa comunale del domicilio d'origine ed a quella della sua residenza attuale un avviso a stampa contenente lo stesso sunto della domanda e l'invito a farvi opposizione entro il detto termine: l'affissione deve risultare dalla relazione dell'usciere fatta a piè dell'avviso.

Art. 122. Chiunque creda di avere interesse può fare opposizione alla domanda entro quattro mesi dal giorno delle seguite affissioni o pubblicazioni.

L'opposizione si fa con atto d'usciere notificato al ministro di grazia e giustizia.

Art. 123. Trascorsi quattro mesi dalla data delle affissioni e delle inserzioni, il richiedente presenta al Ministero di grazia e giustizia.

1° Un esemplaae dell'avviso a stampa colle relazioni di affissione dell'usciere che vi ha proceduto;

2° Un esemplare del numero dei giornali in cui furono fatte le inserzioni.

Se alla domanda venne fatta opposizione, il ministro di grazia e giustizia udirà il parere del Consiglio di Stato.

Art. 124. Il decreto con cui viene autorizzato il cambiamento o l'aggiunta del nome o cognome deve essere annotato in margine dell'atto di nascita del richiedente, e trascrito nei registri in corso delle nascite del comune.

Gli effetti del decreto rimangono sospesi fino all'adempimento di queste formalità.

Art. 125. Debbono pure essere trascritti e annotati in margine dell'atto di nascita, i decreti di concessione di titoli di nobiltà o di predicato.

TITOLO IX.

DELLE VERIFICAZIONI DEI REGISTRI DELLO STATO CIVILE.

Art. 126. I pretori, nei primi quindici giorni di ciascun mese di gennaio, maggio e settembre, procedono alla ispezione degli uffizi dello stato civile compresi nella propria giurisdizione per verificare:

1° Se i registri sono tenuti con regolarità e precisione;

2° Se sono stati prodotti tutti i documenti richiesti dalla legge, se questi sono regolari e conformi alle leggi sul bollo e registro, e se sono inscritti nel volume degli allegati;

3° Se gli atti sono stati inscritti in ambedue i registri originali;

4° E generalmente se sono state osservate le norme stabilite dalle leggi e dai regolamenti.

Art. 127. Di ciascuna verificazione viene steso dal pretore un processo verbale, nel quale si deve indicare:

Il giorno cui ha luogo la verificazione;

Il numero degli atti esistenti e verificanti in ciascun registro;

Le osservazioni fatte in ordine ai medesimi.

Il processo è sottoscritto dal pretore e dall' ufficiale dello stato civile.

Art. 128. Terminata la verificazione, il pretore fa in ciascun registro e sotto l'ultimo atto la seguente annotazione: *verificato in questo giorno. . . . . del mese . . . . . dell'anno . . . ,* e vi appone la propria firma.

Art. 129. Il procuratore del re può sempre, se lo crede necessario, procedere ad una verificazione straordinaria, o delegare per essa il pretore.

Art. 130. I processi di verificazione sono tosto trasmessi dal pretore al procuratore del Re.

Nella compilazione di questi processi i pretori non hanno bisogno di essere assistiti dai loro cancellieri.

Art. 131. Nel marzo di ogni anno il procuratore del re comunica al procuratore generale i processi verbali di verificazione da essi redatti sui registri dell'anno precedente, a norma dell'articolo 365 del codice civile.

Il procuratore generale riferisce al Ministero di grazia e giustizia sulla tenuta dei registri dello stato civile nel distretto della corte.

Art. 132. I procuratori del re, prima di promuovere l'applicazione di pene pecuniarie contro ufficiali dello stato civile, devono informarne il procuratore generale.

TITOLO X.

DELLE RETTIFICAZIONI E DELLE ANNOTAZIONI AGLI ATTI DELLO STATO CIVILE.

Art. 133. Le rettificazioni degli atti dello stato civile si fanno in forza di sentenze dei tribunali passate in giudicato, colle quali si ordina all'ufficiale dello stato civile di rettificare un atto già esistente nei registri o di ricevere un atto omesso.

Le annotazioni in margine si eseguiscono per disposizioni di legge, di regolamento e di sentenza.

Art. 134. La rettificazione di un atto è domandata dalle parti che vi hanno interesse, al tribunale del luogo in cui si trova il registro da rettificare.

Il pubblico ministero deve promuovere d'uffizio la rettificazione delle irregolarità che sono state accertate nelle verificazioni eseguite a norma degli articoli 126, 129 del presente regolamento e 365 del Codice civile, e può anche promuoverla d'uffizio negli altri casi se la rettificazione è d'interesse pubblico, chiamate però sempre le parti interessate e senza pregiudizio dei loro diritti.

Art. 135. Nell'interesse delle persone povere la rettificazione degli atti dello stato civile viene promossa come d'uffizio dal pubblico ministero. Le medesime debbono però farne espressa domanda al procuratore del re direttamente, o col mezzo del pretore o dell'uffiziale dello stato civile, unendovi i certificati occorrenti per l'ammissione al beneficio dei poveri.

Art. 136. La domanda di rettificazione deve essere accompagnata da una copia dell'atto che si vuole rettificare, rilasciata dall'ufficiale dello stato civile, e dal certificato corrispondente del cancelliere del tribunale:

Se la domanda ha per oggetto di supplire ad un atto ommesso, si deve presentare un certificato dall'ufficiale dello stato civile che accerti la ommissione.

Art. 137. I tribunali del Regno sono competenti a rettificare gli atti dello stato civile ricevuti da autorità straniere, quando questi furono trascritti negli atti dello stato civile del Regno.

Art. 138. Chi vuole eseguita la rettificazione ordinata o l'annotazione in margine di un atto dello stato civile, deve farne domanda all'ufficiale presso cui sta il registro, presentando copia autentica del titolo su cui la domanda si fonda.

Art. 139. Se la rettificazione od annotazione riguarda i registri in corso, di cui i due originali si trovano tuttora presso l'ufficiale dello stato civile, questi le può eseguire senz'altro, avvertendo che le annotazioni siano perfettamente uniformi nei due registri.

Art. 140. Se la rettificazione o l'annotazione che si richiede riguarda atti contenuti coi registri, di cui uno degli originali trovasi

già depositato presso la cancelleria del tribunale, l'ufficiale dello stato civile deve entro tre giorni trasmettere la domanda ricevuta ed i documenti uniti al procuratore del re, proponendo il tenore dell'annotazione.

Il procuratore del re, presa ad esame la domanda ed il tenore dell'annotazione, provvede perchè, ove ne sia il caso, sia la medesima fatta in modo uniforme sui due registri originali.

Art. 141. Nell'eseguire le annotazioni si deve indicare l'anno ed il registro in cui fu trascritto l'atto che dà luogo all'annotazione,

Le annotazioni debbono essere firmate dall' ufficiale dello stato civile e dal cancelliere che le ha eseguite.

TITOLO XI.

DELLE COPIE DEGLI ATTI DELLO STATO CIVILE E DI RELATIVI CERTIFICATI

Art. 142. Le copie degli atti dello stato civile ed i certificati vengono spediti sopra la carta prescritta dalle leggi sul bollo.

Art. 143. Le copie ed i certificati suddetti sono segnati in margine con un numero progressivo per ogni anno.

Art. 144. Le copie degli atti portano:

1° L'intitolazione di estratto coll'indicazione della classe, dell'anno e del comune a cui appartiene il registro, dal quale viene desunto;

2° La trascrizione esatta dell'atto come trovasi sul registro, compreso il numero e le firme appostevi;

3° Le annotazioni che vennero fatte in margine dell'atto originale;

4° L' attestazione per parte dell' ufficiale dello stato civile che la copia è conforme all'originale;

5° La sottoscrizione dell' ufficiale col bollo di ufficio.

Art. 145. Per la spedizione delle copie, oltre alla spesa della carta bollata, l'ufficiale dello stato civile riscuote i seguenti diritti:

Per gli atti di nascita e morte . . . . . . ,	L.	0, 50
Per gli atti di matrimonio	»	1, »
Per gli atti di cittadinanza	»	2, »
Pei processi di trascrizione dei decreti e degli atti soltanto inseriti nei volumi degli allegati	»	1, »
Per gli atti .atti e documenti inseriti nei volumi di due		
Per ogni facciata eccedente	»	1, »
Per ogni facciata eccedente	»	0, 20
Per qualunque altro certificato	»	0, 50

Art. 146. Il pagamento dei diritti suddetti viene dall'ufficiale dello stato civile annotato in fine della copia.

L'ufficiale tiene un apposito registro dei diritti riscossi, notandovi di giorno in giorno le copie ed i certificati rilasciati ed il numero progressivo con cui furono segnati.

Art. 147. Le copie degli atti ed i certificati occorrenti alle per-

sone povere in occasione di nascita, di matrimonio, di morte o di domande in rettificazione, di leva o d'altro pubblico servizio sono rilasciate gratuitamente dall'ufficiale dello stato civile.

Egli annota infine della copia o del certificato il nome e cognome della persona richiedente, coll'aggiunta *rilasciata gratuitamente perchè povero*.

Art. 148. Il cancelliere del tribunale nel rilasciare le copie di atti dello stato civile ed i certificati, giusta il disposto dagli articoli 8 e 9, si uniformerà alle norme segnate nei precedenti articoli.

Egli però non è tenuto di avere il registro accennato nell'ultimo capoverso dell'articolo 146, o di prendere nota particolare delle copie o dei certificati rilasciati, dovendo nella riscossione di tali diritti uniformarsi alle norme stabilite per la riscossione degli altri proventi di cancelleria.

Art. 149. I diritti esatti dagli ufficiali dello stato civile sono riscossi a favore del comune.

Quelli esatti dai cancellieri fanno parte dei proventi di cancelleria.

Art. 150. Le copie ed i certificati rilasciati tanto dall'ufficiale dello stato civile, quanto dal cancelliere, debbono essere legalizzati dal presidente del tribunale quando se ne voglia far uso fuori della giurisdizione.

Ordiniamo che il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sia inserito nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del regno d'Italia, mandando a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Dato a Firenze, addì 19 ottobre 1865.

VITTORIO EMANUELE

PAOLO CORTESE.

Regio Decreto col quale sono riprodotte le quistioni concernenti il matrimonio dei militari e degli assimilati ai militari,

VITTORIO EMANUELE II.

PER GRAZIA DI DIO E PER VOLONTÀ DELLA NAZIONE RE D'ITALIA.

Visto il nostro decreto 15 novembre 1865, n° 2602, per l'ordinamento dello Stato civile, il quale all' art. 69 si riporta pel matrimonio dei militari o di coloro che sono assimilati ai militari alle disposizioni contenute dagli art. 9 e 53 del Regolamento di disciplina militare approvato col Regio Decreto del 30 ottobre 1859.

Ritenuto che il Decreto suddetto non trovasi inserto nella raccolta degli atti del Governo.

Sulla proposta del nostro Guardasigilli Ministro Segretario di Stato per gli affari di Grazia e Giustizia e dei culti;

Abbiamo decretato e decretiamo.

Articolo unico.

Pel matrimonio di militari o di coloro che sono assimilati ai militari saranno osservate le disposizioni contenute negli art. 9 e 53 del Regolamento di disciplina militare superiormente citato, che sono del tenore seguente:

Articolo 9. Uffiziali e funzionari assimilati a grado militare.

§. 29. Li infraindicati uffiziali e funzionari militari sono assimilati ai gradi seguenti cioè :

Al sottotenente : i medici aggiunti , i veterinari in 2ª ed i farmacisti militari di 3ª classe; Al Luogotenente : i medici di battaglione , i Veterinari in 1ª, i Farmacisti militari di 2ª classe, ed i sotto commisari di guerra aggiunti.

Al capitano: il Segretario del consiglio superiore di sanità militare, i medici di reggimento, l'Ispettore aggiunto di veterinaria, i cappellani e farmacisti di 1ª classe; ed i sotto-commissari di guerra;

Al maggiore: il medico divisionale , ed il commissario di guerra di 2ª classe;

Al luogotenente colonnello ; il medico capo , l'Ispettore del consiglio superiore di sanità militare , ed il commissario di guerra di 4ª classe.

Al colonnello : il Presidente del consiglio Superiore di sanità militare, e l'Intendente militare.

§. 30. Gli uffiziali e funzionari summentovati devono obbedienza rispetto e deferenza a tutti gli uffiziali superiori al grado cui sono rispettivamente assimilati. Essi hanno diritto, quando sono in divisa e nell'esercizio delle loro funzioni , all'obbedienza dei sotto-uffiziali , caporali e soldati, ed in ogni circostanza al loro rispetto e deferenza; le mancanze e reati che questi commettessero contro di loro saranno punite come se fossero commesse contro uffiziali.

Articolo 53. Matrimonii dei militari.

§. 195. Niun militare nè assimilato a grado militare (salvo i militari in congedo illimitato, nelle condizioni richieste dalla legge sul reclutamento) può contrarre matrimonio senza il permesso del re , emanato per organo del Ministero della guerra, se di grado inferiore.

§. 196. Tale permesso non è conceduto ai graduati infradescritti, se non comprovino nel modo prescritto dalle leggi e regolamenti in vigore che l'uno o l' altro degli sposi , od ambedue insieme posseggono un reddito annuo , di lire 1,200 corrispondenti cioè almeno al capitale di lire 24,000, se uffiziale od assimilato uffiziale; lire 500 corrispondenti al capitale di lire 10,000, se guardarme o sotto uffiziale del Corpo dei Carabinieri Reali, lire 400 corrispondenti al capitale di lire 8,000 , se sotto-uffiziale di fanteria cavalleria od artiglieria, di lire 300 corrispondente al capitale di lire 6,000, se semplice carabiniere.

§. 197. Il Comandante di Corpo nel dar corso alla dimanda di matrimonio, esprimerà il suo parere sulla sua convenienza, e porgerà tutti gli schiarimenti atti a porre il Ministro in grado di pronunciare con cognizione di causa, ed impedire quelle unioni che possano riuscire di detrimento al servizio, od al dovere del carattere militare.

§. 198. Riguardo alle domande dei Sotto-Uffiziali, Caporali e Soldati, egli specificherà il numero totale degli ammogliati presenti al corpo e di quelli della categoria o del grado stesso del richiedente.

§. 199. Gli uffizali; che contraessero matrimonio senza la voluta permissione, incorrerebbero nella rivocazione dall' impiego, a tenore della legge sullo stato degli Uffiziali; i Gendarmi verrebbero giubilati o riformati se vi avranno dritto, ed in caso contrario licenziati dal servizio, ed i Sotto-Uffiziali, Caporali e soldati sarebbero mandati, in un corpo di disciplina quali semplici soldati, e provveduti di congedo assoluto, tosto ultimata la loro forma.

§. 200. Colui che nell'arruolamento volontario si fosse dichiarato celibe, e si conoscesse ammogliato verrà immediatamente congedato colla ritenenza dell'intiero assegnamento di primo corredo.

§. 201. I militari che dopo ottenutane l' autorizzazione abbiano contratto matrimonio, devono presentare la fede autentica, che sarà unita a corredo delle variazioni matricolari.

Ordiniamo che il presente Decreto, munito del sigillo dello Stato, sia inserito nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del regno d' Italia, mandando a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Dato a Firenze, addì 14 dicembre 1865.

VITTORIO EMANUELE

Cortese

INDICE DEL PRIMO VOLUME

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

II.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

PER

GIUSEPPE MADIA

CONSIGLIERE DI CORTE DI APPELLO

e professore pareggiato di Diritto nella Regia Università di Napoli
già professore ordinario di diritto e procedura penale
nella Regia Università di Siena
socio ordinario dell' associazione di mutuo soccorso degli scienziati, ec. ec.

Volume Secondo

NAPOLI
GABRIELE SARRACINO, EDITORE
1891

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

LIBRO II.

Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni.

§ 1.° Dopo che abbiamo esaminata la parte subbiettiva dei dritti, è d'uopo che della parte oggettiva dei medesimi ci occupassimo, cioè delle cose tutte, che possono formare il soggetto di una proprietà. Sebbene l'uomo sia l'oggetto unico e primario della legislazione, non già le cose, necessarie alla sua esistenza, pure la legge occupandosi di esse, senza aver riguardo alle persone che le posseggono, non è improprio dare a questa parte del diritto il nome di parte *obbiettiva*.

TITOLO I.

DELLA DISTINZIONE DEI BENI.

§ 2.° Si chiama *cosa* in generale tutto ciò che non è persona e che può divenire l'oggetto di una proprietà sì pubblica che privata; quindi anche le azioni diconsi in tal senso cose. Addimandansi poi beni (*bona* o *pecunia*) tutto ciò che taluno realmente possiede.

§ 3.° Nel diritto romano la più generale distinzione delle cose era quella di cose in *commercio* e *fuori commercio*. Le prime si distinguevano in *corporali* ed *incorporali*, *mobili* ed *immobili*, *fungibili* e *non fungibili*, *singole* e *complessive*, *divisibili* ed *indivisibili*, *liquide* ed *illiquide*, *certe* ed *incerte*, *principali* ed *accessorie*, di *pertinenza* di *alcuno* e di *nessuno*. Le cose fuori commercio si dividevano in cose di *diritto divino* ed *umano*. Le prime si suddividevano in *sacre*, *religiosè* e *sante*. Le sacre erano quelle che venivano dai pontefici solennemente consacrate a Dio, come le Chiese, e tutti quei doni che sono con le

debite formalità dedicati al ministerio di Dio. Le sante erano quelle che con una sanzione penale erano sottratte dalle ingiurie degli uomini, come le mura della città. Le cose religiose erano le tombe degli estinti, e specialmente il luogo dove esisteva il capo. Quelle di diritto umano si distinguevano in *comuni*, *pubbliche*, delle *università* e dei *singoli*. Cose comuni a tutti sono quelle di cui nessuno ha la proprietà, ma tutti hanno l'uso, come l'aria, le correnti d'acqua, il mare ed i suoi lidi (1). Gli animali poi del mare e dell'aria, come altresì le fiere della terra, non sono cose fuori di commercio, ma sono dette *res nullius* che diventano proprietà di colui che primo se n' impadronisce; il che vale pure delle pietre, delle gemme e di tutto ciò che si trova sul lido del mare. Cose pubbliche dicevansi quelle di cui la proprietà era presso il popolo e l'uso presso ogni singolo, come le strade, i luoghi pubblici, i fiumi, i porti e le rive. Dicevansi pubbliche quelle di pertinenza del popolo (*res publicae*); *comuni* quelle di una università o comune: queste due ultime specie si chiamavano in senso stretto cose pubbliche e comunali, oppure beni pubblici e comunali, se ne era conceduto l'uso ai singoli cittadini, membri della comunità. Finalmente dicevansi beni privati quelli di cui le sole persone private ne avevano la libera disposizione.

§ 4.° Secondo la legislazione vigente tutte le cose che possono formare oggetto di proprietà pubblica o privata, sono beni *immobili* o *mobili* (art. 406). Questa distinzione è molto interessante, sia per riguardo ai diversi diritti di cui i beni sono capaci, sia per i diversi modi di acquistarli, sia per determinare nei vari casi il significato delle espressioni usate nelle disposizioni della legge o dell' uomo, come se alcuno disponga degl' immobili a favore di uno e dei beni mobili a favore di un altro. Nondimeno le distinzioni del diritto romano sopra enunciate trovano larga applicazione nel novello diritto, cioè le sacre per punire con maggiore severità l'autore della loro sottrazione commessa in luogo sacro (art. 611 n.° 1 cod. pen.), le divisibili od indivisibili per gli effetti su la competenza del magistrato, per la perdita, acquisto e conservazione dei diritti su le stesse (art. 1202) e le altre distinzioni per altri svariati effetti di legge.

CAPO I.

Dei beni immobili.

§ 5.° La legge riconosce tre specie d'immobili: 1° gl'immobili per natura; 2° gl'immobili per destinazione; 3° gl' immobili per l' oggetto a cui si riferiscono (art. 407).

§ 6.° I terreni e le montagne, parlando propriamente, sono le sole cose immobili per natura, poichè le fabbriche divengono tali per la industria umana che le rende aderenti al suolo. Nondimeno nel senso della legge sotto il nome di cose immobili si comprende tutto ciò che

(1) Fr. 4, 2 Dig. 1, 8 de divis. rer.

è attaccato alla superficie della terra, o per opera della natura, come gli alberi, o per opera degli uomini, come le case ed altri edifizi o manufatti, quantunque alcune di queste cose possono essere dal suolo separate e divenire mobili. Sono in conseguenza immobili per natura i terreni, le fabbriche, i molini ed altri edifizi fissi su pilastri o formanti parte di una fabbrica (art. 408); il che è conseguenza del principio che ciò che è al suolo incorporato diviene immobile. Sono altresì immobili per natura i mulini, i bagni e tutti gli altri edifizi galleggianti, ove sieno o debbono essere con corde o catene saldamente attaccati a una riva, e se a questa trovisi una fabbrica espressamente destinata al loro servizio. I detti mulini, bagni ed edifizi galleggianti si considerano come formanti una cosa sola con la fabbrica loro destinata, e col diritto che ha il proprietario di tenerli anche sopra acque non sue (art. 409). Le sorgenti, i serbatoi, ed i corsi d'acqua sono anche immobili. I canali che deducono le acque in un edifizio o fondo, sono pure immobili e fanno parte dell'edifizio o fondo, a cui le acque devono servire (art. 412).

§ 7.° Gli alberi sono anche immobili finchè non vengono atterrati (art. 410). Sono parimenti immobili i frutti della terra e degli alberi non per anco raccolti o separati dal suolo: essi diventano mobili a misura che sono raccolti o separati dal suolo, quantunque non sieno trasportati altrove; salvo che la legge disponga altrimenti (art. 411). Egli è utile avvertire che la legge considera immobili gli alberi e le messi per una certa finzione fondata su l'interesse del proprietario; ma ove delle persone terze avessero acquistato dei tagli di alberi o delle messi, non potrebbero essere considerati che mobili per rispetto alle stesse, e capaci di sequestro, ove dovessero essere espropriate per pagamento dei loro debiti. Gli alberi e le messi, se rispetto al proprietario costituiscono un accessorio il quale dee seguire la cosa principale, non può valere la presunzione stessa per rispetto all'acquirente degli alberi e delle messi. Dicasi lo stesso nell'interesse del fittaiuolo. Il suo diritto, essendo limitato al ricolto, e non godendo della proprietà del fondo, si considera come puramente mobile. Diversamente dee dirsi pel possessore del fondo, anche di mala fede, per l'enfiteuta e l'usufruttuario, i quali godendo come proprietari, non potrebbero considerarsi i frutti altrimenti che come cose immobili.

Gli alberi delle selve cedue che sogliono recidersi regolarmente divengono mobili a misura che sono abbattuti, poichè sebbene gli alberi sieno messi a taglio periodico e ne sia giunta l'epoca, pure non perdono per questo la qualità di immobili, ma fa d'uopo che sieno abbattuti. Del resto ciò va inteso nell'interesse del proprietario, poichè per rispetto ai terzi non può riconoscersi che il diritto a cosa mobile dopo perfezionata la vendita.

Dicesi selva cedua quella per la quale si è ottenuto il permesso di reciderla nelle varie sezioni stabilite dai regolamenti, conservandosi

gli alberi di speranza o di riproduzione, poichè interessa alla pubblica prosperità che i boschi non sieno del tutto distrutti.

Il ricolto poi, anche per rispetto ai creditori del proprietario, è considerato come cosa mobile, epperò la legge permette di sottoporlo a sequestro, purchè questo avvenga nelle ultime sei settimane che precedono il tempo ordinario della loro maturità; salvo che il creditore istante voglia sopportare in proprio le maggiori spese della custodia (art. 589 proc. civ.).

§ 8.° Sono beni immobili per destinazione le cose che il proprietario di un fondo vi ha posto per il servizio e la coltivazione del medesimo, come gli animali addetti alla cultura, gli strumenti rurali, il fieno e le sementi somministrate agli affittuari od ai mezzaiuoli, la paglia, lo strame ed il concime, i piccioni delle colombaie, i conigli delle conigliere, gli alveari, i pesci delle peschiere, i torchi, le caldaie, i lambicchi, i tini, e le botti, gli utensili necessari a fucine, cartiere, mulini ed altre fabbriche (art. 413). Codesti effetti sebbene mobili, pure la legge nell'interesse dell' agricoltura e del commercio, e per evitare che con un sequestro potessero esser tolti dal fondo, li considera come immobili, onde nel caso di pegnoramento venissero espropriati insieme allo stabile. Sono parimenti immobili tutte le altre cose dal proprietario consegnate all'affittuario od al mezzaiuolo per il servizio e la coltivazione del fondo (art. 413). Dicesi affittuario colui che paga un estaglio annuo sia in danaro, sia in una parte determinata di derrate, come il terzo, il quarto del prodotto, qualunque sia l' abbondanza di questo o la scarsezza. Dicesi mezzaiuolo, o *colono parziario*, cioè porzionario, quello che divide il prodotto col proprietario, e quindi risente così dei vantaggi come dei danni della raccolta.

§ 9.° Gli animali che il proprietario consegna all' affittuario od al mezzaiuolo per la coltivazione, ancorchè sieno stati stimati, si annoverano fra i beni immobili sino a che in forza della convenzione restano addetti al fondo. Invece gli animali che il proprietario consegna a soccio o soccida od altri fuorchè all'affittuario od al mezzaiuolo, si reputano beni mobili (art. 413). Dicesi soccio il contratto col quale uno dà ad un altro del bestiame per nutrirlo ed averne cura, e dividere tra loro il guadagno o ripartire la perdita. Egli è giusto che gli animali destinati alla cultura di un fondo sieno considerati formanti parte del fondo medesimo, e quindi vendibili con esso; poichè nel caso in cui ne fossero allontanati, il fondo resterebbe depreziato, od almeno non si gioverebbe dell' ingrasso che gli animali vi procurano. Non avea quindi ragione la legge romana di sancire la regola contraria che *instrumentum fundi non est pars fundi*. Senonchè per ritenersi gli animali come immobili bisognano due condizioni: 1° che sieno dati dal proprietario al fittaiuolo od al mezzaiuolo od al soccio, tuttochè sieno stimati, giacchè se sono proprietà del colono ritengono la loro originaria natura di cose mobili o semoventi. La stima poi non opera

la trasmissione della proprietà degli animali, ma è diretta a precisare la somma che il fittaiuolo o colono deve restituire al proprietario alla fine dell'affitto, qualora esso non faccia la restituzione, 2° che sieno dati esclusivamente per la cultura del campo, essendo d'interesse dell'agricoltura che sieno reputati immobili.

Sono pure beni immobili per destinazione tutti gli oggetti mobili annessi dal proprietario ad un fondo od edifizio per rimanervi stabilmente, come quelli che vi stanno attaccati con piombo, gesso, calce, stucco od altro, o che non se ne possono staccare senza rottura o deterioramento, o senza rompere e guastare la parte del fondo o dell'edifizio a cui sono attaccati: gli specchi, i quadri ed altri ornamenti si reputano stabilmente uniti all'edificio, quando formano corpo col tavolato, con la parete o col soffitto (art. 414).

Le statue si reputano immobili quando sono collocate in una nicchia formata per esse espressamente, o quando fanno parte di un edifizio nel modo sopra indicato (art. 414); e ciò nonostante possono levarsi senza alcuna frattura o deteriorazione. Invece se fossero fisse sopra piedistallo non infisso esso stesso al suolo sarebbero mobili, poichè togliendosi da questo il fondo non ne rimarrebbe depreziato. Se poi la statua fosse messa da un inquilino o da altro possessore precario in una nicchia, sarebbe mobile non potendo presumersi che sia stata messa a perpetuità, se non si provi che sia stata donata od altrimenti trasferita al proprietario.

§ 10.° Sono poi immobili per l'oggetto a cui si riferiscono i diritti del concedente, (il *canone*) e quelli dell'enfiteuta su' fondi soggetti ad enfiteusi, (il *dominio utile*), il diritto di usufrutto e di uso su le cose immobili e quello di abitazione, le servitù prediali (art. 415). Le decime ex-feudali e il diritto di superficie non potrebbero considerarsi diversamente; come le azioni dirette a ricuperare immobili o diritti ad essi relativi in forza della regola: *Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. Tali sono le azioni di revindica, di ricompra, di rescissione, allorchè si riferiscono a beni stabili. Invece la revindica di un cavallo perduto o rubato, comechè relativa a cosa mobile, non potrebbe essere diversamente considerata: anche i censi bollari, o capitali *quantocumque*, comunque fossero garentiti da valida ipoteca od anche costituiti per la dazione di beni stabili, oggi non possono reputarsi altrimenti che mobili.

CAPO II.

Dei beni mobili.

§ 11.° I beni sono mobili per loro natura o per determinazione della legge (art. 416). Sono mobili per loro natura i corpi che possono trasportarsi da un luogo ad un altro, o si muovono per propria forza come gli animali, o vengono mossi da forza esteriore, come le cose

inanimate, ancorchè tali cose formino collezioni od oggetti di commercio (art. 417). Appo i Romani anche i servi erano considerati cose, e negli ultimi tempi i negri africani, dei quali si faceva strano commercio con grave oltraggio alla umana dignità.

§ 12.° Sono mobili per determinazione della legge i diritti, le obbligazioni e le azioni, anche ipotecarie, che hanno per oggetto somme di danaro od effetti mobili, le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria, quantunque alle medesime appartengano beni immobili. In quest'ultimo caso tali azioni o quote di partecipazione sono reputate mobili riguardo a ciascun socio, e pel solo tempo in cui dura la società (art. 418): *Actio ad mobile*, diceva Dumoulin, *est mobilis, iura actiones et nomina naturam inducat sui obiecti*. Se i crediti e le azioni tendono a far riscuotere delle cose mobili, non poteva diversamente considerarli la legge; nè altrimenti può dirsi dell'azione ipotecaria, poichè per essa non si ha diritto alla proprietà del fondo, ma a farlo vendere per essere soddisfatto del credito garentito dalla ipoteca, la quale non è in sostanza che un modo di assicurazione di un'obbligazione principale. Se la regola di sopra espressa non ammetteva in generale difficoltà, non era lo stesso per le azioni, gl'interessi o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria; epperò la legge ad evitare ogni dubbiezza le dichiara mobili, tuttochè la società avesse degl'immobili, poichè questi non appartengono ai soci, ma all'ente giuridico della società. Di qui deriva che le azioni o quote di partecipazione possono essere sequestrate come cose mobili dai creditori di ciascun socio, e con la procedura ordinaria del sequestro presso terzi, non già con quella di espropriazione. Sciolta poi la società se questa possiede gli stabili, avendo ciascun socio diritto alla divisione delle cose immobili, non va considerata diversamente l'azione ai medesimi spettante.

Sono egualmente reputate mobili le rendite vitalizie o perpetue a carico dello Stato o dei privati, anche quando quelle a carico di costoro si fossero costituite per la cessione di stabili, come i censi *bollari*; salvo quanto alle rendite dello Stato le disposizioni delle leggi relative al debito pubblico (art. 418), per effetto delle quali la rendita si può immobilizzare per servire di cauzione ai contabili dello Stato e per altri casi determinati dalla legge.

Le rendite su' privati sono tutte redimibili ossia affrancabili mediante la offerta del capitale corrispondente alla ragione del cinque per cento, se il possessore della rendita sia un privato, e mediante una rendita sul gran libro con l'aumento necessario per la tassa di ricchezza mobile, se il possessore sia un corpo morale, come un ospedale, una chiesa, un monte di pietà, il demanio, ec. (leg. del 24 gen. 1864).

L'affranco dei censi sul tavoliere di Puglia è regolato dalla legge speciale del 26 febbraio 1865.

Le rendite su lo Stato nacquero dai bisogni del governo, il quale non potendo soddisfare i molti suoi creditori, si costituì loro debitore

di un'annua rendita pagabile in ogni semestre con la facoltà di potersi negoziare e trasferire in altri. Di detta rendita se ne riconoscono oggidì due specie, quella al latore, che si trasferisce come qualunque altra cosa mobile ed il cui possesso vale per titolo (art. 707), e la *nominativa*, la quale si trasferisce per mezzo dell' *attergato* o *cessione* sul dorso della cedola con la firma del cedente debitamente autenticata da un notaio od agente di cambio accreditato presso il Gran Libro. Il ruolo di tutti i creditori dello Stato si chiamò e si appella tuttavia *gran libro del debito pubblico*. I compratori furono assimilati ai commercianti onde le contrattazioni riuscissero più spedite, e provvedesse il tribunale di commercio per tutte le controversie relative all'acquisto e trasferimento della rendita.

Sono del pari mobili i battelli, le chiatte (sorta di vascello con fondo piano), le navi, i mulini e bagni su' battelli, e generalmente gli edifizi galleggianti non accennati nell'articolo 409; come pure sono mobili i materiali provenienti dalla demolizione di un edifizio, o raccozzati per costruirne un nuovo sino a che non sieno adoperati alla costruzione (art. 419 e 420). Secondo il diritto romano i materiali di un edificio tolti dallo stesso per riporveli erano considerati come parte dello stesso, e quindi come immobili: *Ea quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur, aedificii sunt: at quae parata sunt, ut imponantur, non sunt aedificii* (1). Il nostro articolo non ha al certo derogato alla legge romana, poichè la prima parte di esso è applicabile al caso di demolizione, non di semplici riparazioni, per le quali possono levarsi i materiali nel fine di ricollocarli in modo più acconcio all' edificio. Ma per la demolizione i materiali cessano di essere immobili; e, qualunque possa essere la loro destinazione rimangono mobili sino a che non sono adoperati alla costruzione. Dicasi lo stesso se per semplice vetustà si verifica la caduta di tutto o parte di un edificio, tuttochè il proprietario dimostrasse che abbia idea di riedificarlo.

§ 13.° Sotto l'antico diritto erano gravi le dispute sul senso delle parole *mobili*, *effetti mobili*, *mobiglia*, *beni mobiliari*. Il legislatore italiano non diversamente dalla legge francese nel fine di togliere ogni difficoltà sul riguardo, ha dichiarato il senso che intende dare alle voci anzidette, comunque si fosse di molto discostato dal significato grammaticale delle voci medesime. In conseguenza alla *parola* mobili si dà un senso più o meno largo, secondo che questa è adoperata sola ovvero unita, o messa in opposizione con altre voci. Adoperandosi sola nelle disposizioni della legge o dell'uomo, senza altra aggiunta che ne allarghi il significato, e senza contrapposto agli immobili, non comprende il denaro metallico o i suoi rappresentativi, le gemme, i crediti, i titoli di rendita sul debito pubblico e delle imprese commer-

(1) L. 17 Dig. de action. e inpt et. vend.

ciali od industriali, i libri, le armi, i quadri, le statue, le monete, le medaglie od altri oggetti attinenti a scienze od arti, gli strumenti propri delle scienze, delle arti e dei mestieri, le biancherie ad uso della persona, i cavalli e gli equipaggi, i grani, vini, fieni ed altre derrate, e nemmeno le cose che formano oggetto di un commercio (art. 422). Così se in una donazione, o in un testamento si dicesse, *dono* o *lego* a Caio i *miei mobili* senz' altra aggiunta, non andrebbero inclusi gli oggetti suindicati. Al contrario se si fosse detto *dono* o *lego* a Tizio i *miei mobili* ed a Sempronio i *miei immobili*, il senso ricevendo un' estensione maggiore, dovrebbero darsi al primo tutti i mobili senza eccettuarne alcuno di quelli che la legge considera tali sia per natura sia per determinazione.

§ 14.° La legge definisce la voce mobiglia, e sotto il suo significato comprende soltanto i mobili destinati all'uso e all'ornamento di un appartamento, come le tapezzerie, i letti, le sedie, le scrivanie, gli specchi, gli oriuoli, le tavole, le porcellane, ed altri oggetti di simile natura. I quadri e le statue che fanno parte di un appartamento vi sono compresi, ma non vi si comprendono le collezioni di quadri, di statue, di porcellane, ed altre che possono rattrovarsi nelle gallerie o camere particolari (art. 423). Qui la parola mobiglia viene a limitare la generale espressione di mobile, per restringerla a quei soli destinati ad ornare una casa, i quali possono per altro essere moltissimi secondo i gusti e capricci del proprietario.

§ 15.° Qualunque alienazione o altra disposizione tra vivi o di ultima volontà di una casa mobigliata, non comprende che la sola mobiglia, e quindi restano esclusi il danaro, i crediti ed altri diritti, i di cui documenti possono esistere nella casa medesima. L'espressione poi *casa con tutto quello che vi si trova* comprende tutti gli oggetti mobili, ad eccezione del danaro o dei suoi rappresentativi, dei crediti od altri diritti, i cui documenti si trovano nella medesima (art. 424). Se poi alla detta espressione fossero aggiunte delle altre per estenderne il significato, spetta al magistrato il decidere se tutto o parte delle cose considerate come mobili dalla legge devono essere comprese nella disposizione.

CAPO III.

Dei beni relativamente alle persone a cui appartengono.

§ 16.° Dopo avere esaminati i beni nelle loro principali distinzioni e qualità giuridiche, è d'uopo considerarli relativamente alle persone a cui appartengono; esse sono: 1° lo Stato; 2° la provincia; 3° il comune; 4° gl'istituti civili od ecclesiastici; 5° i privati.

§ 17.° I beni dello Stato si distinguono in demaniali e beni patrimoniali dello stesso (art. 426). La voce *demanio* pervenne dai Franchi, e significava la cosa posta sotto il dominio del re. Introdottasi

nel medio evo la istituzione dei feudi passò a significare tutte le cose poste sotto il dominio del barone, e poi sotto quello dei comuni, onde la voce *demanio comunale*. Dicesi *demanio pubblico* l'insieme di quelle cose insuscettibili di proprietà privata, sia di loro natura come il mare, i porti, i seni, le spiagge, le acque dei fiumi e i torrenti di rilevante importanza, sia per destinazione della legge, come le strade nazionali o consolari, le porte, le mura, le fosse, i bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze (art. 427). La dottrina ritiene anche beni demaniali i laghi pubblici, i canali navigabili, le strade ferrate, le biblioteche, le pinacoteche ed i musei nazionali coi manoscritti, libri, medaglie, stampe, quadri, statue ed altri oggetti mobili che ne fanno parte; come pure gli arsenali, le caserme, le carceri, gli edifizii nazionali (1).

§ 18.° Tra' beni demaniali bisogna comprendere pure il *demanio della corona*, cioè quelle cose e quei beni che al principe si riservano per servire alla pompa ed allo splendore del trono, come i palagi reali, le case di campagna, i parchi, e tutti i siti che diconsi *reali* (2). Non potrebbero comprendersi tra detti beni quelli della lista civile, o di casa reale, cioè i beni redditizii che il principe possiede per suo particolare appannaggio, i quali sono alienabili e prescrittibili giusta il diritto comune. Dicasi lo stesso dei beni patrimoniali del principe, cioè quelli che al sovrano appartengono non come capo dello Stato, ma come persona privata, e che procedono *ex privata ejus substantia* (3). Nel diritto romano cotesti beni veniano designati con la denominazione di *privatae principis res, bona divinae domus*.

§ 19.° I beni anzidetti, tuttochè in origine proprietà dello Stato, possono divenire beni privati se cessano di essere destinati all'uso pubblico ed alla difesa nazionale, come i terreni delle fortificazioni e dei bastioni delle piazze da guerra che più non abbiano tale destinazione, e simili (art. 429).

§ 20.° I beni del demanio pubblico sono per loro natura inalienabili e quindi imprescrittibili (art. 430). Tutti gli atti di possesso relativamente ai beni stessi dovendo ritenersi abusivi, sarebbe inammissibile l'azione possessoria per rispetto ai beni medesimi. L'inalienabilità dei beni appartenenti al pubblico demanio è assoluta, cioè che la vendita non può essere fatta così per parte dello Stato, come di qualunque privato. Se poi cessano dalla loro destinazione primitiva, passano nella categoria dei beni patrimoniali dello Stato, e sono come questi alienabili e prescrittibili.

§ 21.° I beni patrimoniali dello Stato sono quelli che esso possiede come qualunque altro privato, e dai quali ritrae le rendite per sopperire ai propri bisogni. Codesti beni possono essere tali originariamente, o quelli che già appartenevano al demanio e che cessarono

(1) Merlin, rep. n.° Canal. Proced. du dem. pub. III, 194. Demolombe, IX, 575.
(2) V. Const. Inter multas.
(3) L. 3. Cod. de quatrienn praescriptione.

dalla loro destinazione. Tra questi beni vi sono i vacanti e senza padrone e quelli delle persone che muoiono senza eredi, o la di cui eredità viene da questi abbandonata (art. 721). Il diritto romano disponea uniformemente: *Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum iubemus transferri si nullum ex qualibet sanguinis linea vel iuris titulo legitimum reliquerit interessatus haeredem* (1). Egli è giusto di attribuire questi beni al demanio *iure devolutionis*, non essendo comportevole che in una società civile fossero presi dal primo occupante ; il che avrebbe potuto dar luogo a seri inconvenienti. D' altronde non era giusto che ne profittasse un solo individuo estraneo al defunto, anzichè lo Stato che rappresenta la intera società.

§ 22.° I beni appartenenti alle provincie si distinguono del pari in beni di uso pubblico, e beni patrimoniali (art. 432). I primi sono quelli destinati all' uso di tutti i cittadini di una provincia, come le strade provinciali, gli edifizi della provincia, il palazzo della prefettura, i morotrofi, gli stabilimenti dei trovatelli, ec. Codesti beni sono assolutamente inalienabili, e quindi imprescrittibili fino a quando dura la loro destinazione (arg. art. 430). I beni patrimoniali della provincia sono quelli non destinati all' uso pubblico, ma da' quali ritrae le rendite necessarie ai propri bisogni, come il prodotto dell'imposta addizionale alla contribuzione diretta, quello della sopraimposta, e dell'imposta addizionale straordinaria.

§ 23.° I beni del comune sono anche di due specie, quelli demaniali, cioè destinati all'uso comune, come le strade comunali interne ed esterne, le mura, le porte e le piazze della città o del paese, i luoghi destinati al pubblico passeggio, come le ville, le fontane pubbliche, le scuole, i musei, ec. Tra questi beni devonsi aggiungere le terre comunali destinate agli usi civici ed i boschi comunali che servono per uso di fuoco, od al pascolo degli animali, ed altri bisogni essenziali in pro dei naturali.

Siffatti beni sono del pari inalienabili ed imprescrittibili finchè dura la loro destinazione.

§ 24.° I beni patrimoniali del comune sono mobili ed immobili. Appartengono alla prima categoria i *proventi giurisdizionali*, cioè il prodotto delle multe pronunziate per contravvenzioni alla polizia urbana e rurale, i diritti di *portolania* che si stabiliscono su la concessione dei posti fissi e volanti accordati ai venditori nelle strade, piazze e mercati del comune, quelli su' pesi e misure, su' dazi di consumo, su le privative volontarie e temporanee, i centesimi addizionali su la fondiaria. Appartengono alla seconda categoria tutti quelli che i comuni o municipii danno in affitto o censiscono, e le cui rendite vengono impiegate ai loro bisogni, e nel mantenimento delle loro rispettive amministrazioni. I beni patrimoniali sono pei comuni ciò che le particolari proprietà sono pei privati cittadini. Siffatti beni perchè di

(1) L. 4, Cod. de bon. vac.

loro natura suscettivi di proprietà privata sono in commercio, e quindi alienabili e prescrittibili. Senonchè le forme di amministrazione e di alienazione dei beni patrimoniali sono determinate da leggi speciali (art. 432).

§ 25.° I beni degl'istituti civili od ecclesiastici e degli altri corpi morali appartengono ai medesimi, in quanto le leggi del regno riconoscono in essi la capacità di acquistare e di possedere (art. 433). Abbiamo già detto che in queste provincie meridionali come nelle provincie toscane, furono pubblicate le leggi di ammortizzazione per le quali gl' istituti civili ed ecclesiastici non potevano fare novelli acquisti, e quali leggi furono riprodotte presso di noi col decreto del 17 febbraio 1861 che sopprimeva anche i monasteri, non più riconoscendoli come enti morali. Abbiamo pure notato che la giureprudenza senza buone ragioni li ritiene capaci di acquisti, salva l'approvazione sovrana. Ciò non è dubbio secondo noi, ma per le altre provincie; ed anche in queste ultime per l'art. 32 della legge 7 luglio 1866 è stabilito che i beni immobili acquistati dai detti istituti devono convertirsi in rendita pubblica a norma dell'art. 11 così espresso: Salve le eccezioni contenute nei seguenti articoli, tutti i beni di qualunque specie appartenenti alle corporazioni soppresse dalla presente legge e dalle precedenti, o ad alcun titolare delle medesime sono devolute al demanio dello Stato con l'obbligo di iscrivere a favore del fondo per il culto, con effetto dal giorno della presa di possesso, una rendita 5 per cento eguale alla rendita accertata e sottoposta al pagamento della tassa di mano morta, fatta deduzione del 5 per cento per ispese di amministrazione.

I beni degl'istituti ecclesiastici sono soggetti alle leggi civili, e non si possono alienare senza l'autorizzazione del governo (art. 434). In conseguenza i detti beni sono soggetti a tutti gli oneri che gravitano i beni dei privati, non essendo più riconosciute le antiche esenzioni di tutto o di parte dei pubblici tributi. Solo il governo per la necessaria vigilanza che esercita su' corpi morali di qualsiesi natura, si riserva il diritto di conoscere la opportunità dei trasferimenti, ed approvarli o rifiutarli secondo le circostanze.

Non debbonsi confondere coi beni degl' istituti ecclesiastici le cose sacre, come i templi, i vasi sacri, le quali finchè dura la loro destinazione sono considerate fuori commercio, e quindi inalienabili.

§ 26.° I beni dei privati sono gli altri dei quali si occupa esclusivamente il codice civile; giacchè quelli che non appartengono ai medesimi sono amministrati, e se devono alienarsi lo sono nelle regole che leggi proprie determinano. Codeste leggi formano parte del diritto amministrativo, poichè interessa allo Stato che i beni delle varie corporazioni sieno sotto la direzione di norme stabilite in tutto ovvero in parte.

§ 27.° I privati hanno la libera disposizione dei loro beni, e possono godere sui medesimi il pieno dritto di proprietà, il semplice usufrutto, l'esercizio di qualche servitù prediale, il solo possesso separato

dal dominio, ovvero possedere i beni insieme con altri, cioè in comunione. Noi ci occuperemo di tutti codesti diritti di proprietà, di diritti reali, di possesso e della comunione con lo stesso ordine della legge.

TITOLO II.

DELLA PROPRIETÀ.

CAPO I.

Disposizioni generali.

§ 28.° Relativamente alla proprietà è d'uopo esaminare: 1.° la origine di un tale diritto: 2.° la sua definizione; 3.° la serie dei beni che abbraccia; 4.° le conseguenze del diritto dominicale, come la revindica della proprietà da altri usurpata, l'apposizione dei termini e il diritto di chiusura.

§ 29.° Su l'origine del diritto di proprietà gli scrittori versarono in differenti sentenze. Alcuni insegnarono che la proprietà non può avere altro titolo legittimo che l'occupazione; altri dissero la specificazione, cioè la trasformazione delle cose mercè il lavoro e l'industria; altri la legge; altri accettarono un sistema misto; altri da ultimo considerarono la proprietà come complemento dei diritti inerenti alla umana personalità.

Quanto a noi osserviamo che la prima opinione suppone la pretesa comunione negativa, ed uno stato di natura anteriore alla convivenza sociale, che disconosce la società come stato naturale dell'uomo, e si adagia sul sognato patto sociale non mai esistito tra gli uomini. La specificazione mediante il lavoro, è certamente più logica poichè riconosce il lavoro come titolo di appropriazione; ma questa teorica è incompleta e non giustifica il dominio presso coloro che non hanno lavorato per l'acquisto di grandi possessioni, e nondimeno il loro diritto non è meno legittimo. Il sistema che attribuisce alla legge la origine del diritto di proprietà scambia la proclamazione del diritto da parte della legge civile con la origine del diritto stesso che deve ravvisarsi nelle condizioni della natura umana: Non è punto la legge, dice Troplong, non è punto un contratto sociale che hanno creato la proprietà; essa deriva dalle sorgenti più pure del diritto naturale; essa è naturale all'uomo come la libertà e l'attività delle sue facoltà. Essa è talmente inseparabile dalla natura umana, che è impossibile di concepire l'uomo vivente e conservantesi senza questo diritto consustanziale. Il selvaggio lo conosce e lo pratica, come l'uomo della civiltà. Le sue frecce, la sua faretra, i frutti della sua caccia e della sua pesca, ecco la proprietà in piccolo, la proprietà in tutta la sua pienezza. La proprietà territoriale non è altra cosa, se non questo stesso diritto applicato su la terra dall'uo-

mo più industrioso (1). L'altro sistema professato in Alemagna pel quale si sostiene che l'occupazione e la specificazione fossero i veri fattori del diritto di proprietà, e che la convenzione ne fosse la garentia, non prova la genesi del diritto di proprietà, facendo questo derivare da un fatto puramente accidentale, e richiede una convenzione che non è necessaria al proprietario per la ricognizione del suo diritto. L'ultima opinione che fonda la proprietà sul *principio della personalità umana* è per noi la più razionale, poichè la proprietà essendo tra i diritti primitivi dell'uomo, non può la umana personalità dirsi garentita e tutelata senza il possesso di uno dei suoi diritti sostanziali. D'altronde la proprietà è anche condizione necessaria della esistenza dell'uomo e del suo sviluppo, e la offesa di quella implica una violazione sebbene indiretta dell'uomo stesso.

§ 30.° Nei tempi trascorsi la proprietà non fu riconosciuta nei privati cittadini come al presente vediamo. Infatti in Oriente la proprietà si riteneva di esclusiva spettanza dello Stato. In Grecia, sebbene l'uomo usciva dalla immobilità orientale, pure la proprietà non apparteneva meno allo Stato che al proprietario. Nei primi tempi di Roma non si riconobbe nei privati cittadini il diritto alla proprietà, ma nella politica associazione, cioè lo Stato; e ciò perchè quella società con un carattere eminentemente conquistatore non vedeva possibile l'assoggettamento del territorio altrimenti che per l'attività comune di tutti gli associati, e non già per quella dei singoli cittadini. Di poi essendosi lo Stato spogliato di una parte dell'*ager publicus*, appropriandone i singoli cittadini, cominciò la esistenza giuridica della proprietà fondiaria presso i privati. Nel sistema feudale le terre si reputavano appartenere al signore per diritto signorile, e nei governi assoluti al re in forza di quel preteso dominio eminente che giureconsulti adulatori non mancarono di giustificare con speciose argomentazioni.

§ 31.° La proprietà consiste nel diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti (art. 436). Epperò il diritto di proprietà ha due caratteri essenziali, l'*assolutismo* da parte del proprietario, e l'*esclusivismo*. In forza del primo può fare della cosa ciò che meglio gli aggrada, goderla per se, trasferirla in altri sia con atti tra vivi sia di ultima volontà, ed anche distruggerla, purchè non si arrechi danno ad altri; epperò non potrebbe eseguirsi tale distruzione col mezzo dell'incendio, di una mina od in altro modo pericoloso ai vicini. In forza del secondo carattere il proprietario può impedire a chiunque altro di godere e disporre della sua cosa, od esercitarvi qualsiesi altro diritto, può respingere ogni turbamento apportato al suo pacifico godimento, ed ove avesse perduto il possesso della sua cosa, può rivendicarla contro qualunque possessore.

(1) Della proprietà secondo il codice civile, cap. 111.

§ 32.° La proprietà può consistere nel possesso di una cosa materiale sia mobile od immobile o di un diritto incorporale, come una servitù, un' azione, e può anche consistere in una produzione del proprio ingegno (art. 437). Egli è quindi debito della legge proteggere quest'ultima proprietà siccome quella che essendo la conseguenza del proprio lavoro e l'applicazione delle forze intellettuali alla riproduzione del pensiero in una forma determinata, non è meno sacra e rispettabile della proprietà delle cose materiali. Senonchè il pensiero che forma l'obbietto di un lavoro scientifico, artistico o letterario, appartenendo al genere umano, non è facilmente discernibile ed appropriabile. Ma non è a dirsi lo stesso della forma con la quale va espresso, e che costituisce l'opera. Questa, sebbene non contenga idee sempre nuove, pure non essendo quasi mai la copia materiale di un altro libro, merita di essere considerata come propria dell' autore pel lavoro del suo coordinamento eseguito con novelle vedute adatte a facilitare la cognizione in modo migliore delle opere anteriori. Ecco perchè la legge mentre riconosce la proprietà del libro in colui che ne fu l' autore, esige delle condizioni per conservarla (1), e limita la durata del diritto della pubblicazione esclusiva dell'opera in pro' dell'autore per tutta la vita, e se cessa di vivere prima di anni quaranta dalla pubblicazione dell'opera lo stesso diritto esclusivo continua negli eredi o aventi causa sino al compimento di un tal termine. Scorso questo primo periodo ne comincia un secondo di quaranta anni, nel quale si può spacciare il libro dando il premio del cinque per cento a coloro che godono il diritto di autore; e ciò per evitare che in caso di oscitanza di costoro a seguitarne la pubblicazione negli anni ulteriori, potesse venir meno la riproduzione dell' opera, che interessa la diffusione della scienza, mezzo e fondamento unico della civiltà umana (2).

§ 33.° Chiunque intende valersi dei diritti garentiti dalla legge su la proprietà letteraria deve presentare al prefetto della provincia un numero di esemplari non eccedente quello di tre dell'opera che pubblica, ovvero quel numero di copie fatte con la fotografia o con altro processo qualunque atto a certificare l' identità dell' opera; e deve unirvi una dichiarazione in cui facendo menzione precisa dell' opera e dell' anno nel quale è stampata, esposta od altrimenti pubblicata, esprima la volontà di riservare i diritti che gli competono come autore (art. 20).

In difetto di dichiarazione e di deposito nel corso dei primi 10

(1) Secondo il decreto del 20 marzo 1829 pubblicato in queste provincie meridionali alle traduzioni non si accordavano per regola diritti di autore; ma solo in vista della speciale qualità ed importanza di esse, e pel numero di anni che si credeva fissare. Al contrario per la legge vigente la traduzione di un' opera scientifica e letteraria attribuisce al traduttore il diritto di autore durante il corso dei primi dieci anni a contare dalla pubblicazione dell' opera (art. 11 e 12).

(2) Vedi gli articoli 1, 2 e seguenti della legge su la proprietà letteraria del 25 giugno 1865.

anni dopo la pubblicazione di un'opera intendesi definitivamente abbandonato ogni diritto di autore (art. 26).

La pubblicazione abusiva o la contraffazione consumata in uno dei modi previsti dall' art. 29 è punita con multa da lire 51 a 5000, salvo il risarcimento dei danni interessi, e salve le pene maggiori nei casi di furto o di frode (art. 30).

§ 34.° Come conseguenza naturale del diritto di proprietà, niuno può essere costretto a cedere le sue cose od a permettere che altri ne faccia uso, se non per causa di utilità pubblica, legalmente riconosciuta e dichiarata, e premesso il pagamento di una giusta indennità, Le norme relative alla spropriazione per causa di pubblica utilità sono determinate da leggi speciali (art. 458). Ella è massima insegnata da tutti i savi che l'interesse privato deve cedere al cospetto dell'interesse pubblico e generale della società, e che si possa essere privato della proprietà per causa di pubblica utilità legalmente accertata. Codesto accertamento va fatto secondo le leggi speciali dalle autorità amministrative, non ispettando ai tribunali se non il decidere su la violazione dei diritti civili che possono essere la conseguenza dell'atto amministrativo (art. 2 e 4 leg. 20 marzo 1865) come se, oltre quello che serve alla opera pubblica, si pretendesse l'acquisto forzoso della rimanente proprietà per rivenderla a maggior prezzo per proprio conto.

§ 35.° In conseguenza del carattere esclusivo del diritto dominicale, il proprietario ha il diritto di rivendicarla da qualsiesi detentore o possessore, salve le eccezioni stabilite dalla legge (art. 439). Due sono le condizioni della revindica, cioè la dimostrazione del diritto di proprietà da parte dell' attore, non già che quello manchi al convenuto, e che costui possegga la cosa che si reclama. Se l' attore prova dubbiamente il suo diritto la domanda va rigettata, poichè nel dubbio si giudica contro l' attore, ed in fatto di dominio delle cose *melior est conditio possidentis*. Il diritto moderno non riconose l'*azione pubbliciana* dei Romani per la quale si preferiva l'attore al convenuto, ove il primo avesse dimostrato di avere un diritto migliore del possessore. In Francia e presso di noi molti sono coloro i quali ritengono applicabili le regole dell'*azione pubbliciana*; ma noi crediamo con altri scrittori che dopo la pubblicazione del nuovo codice, il quale ha regolato il diritto della sola rivendicazione, non possa riconoscersi ogni altra azione, tuttochè affine alla medesima. Egli è poi indifferente che l'autore fondi la sua domanda al seguito di un possesso di trenta anni, o di un titolo traslativo di proprietà, come una compravendita, od una donazione, poichè la proprietà si può acquistare sia per trasmissione come per prescrizione (art. 710).

L'azione si può intentare sia da tutti gl'interessati sia da un solo; epperò non è impedito ad un solo coerede di chiedere la revindica dello intero fondo, giacchè il convenuto dovendo rilasciarlo per intero non ha interesse a sapere se la dimanda parta da uno o da più coeredi; ma se fossero noti gli altri interessati è debito del magistrato di metterl

in causa per evitare ulteriori giudizii tra gli altri coeredi, e sentenze posteriori di opposizioni di terzo da parte di costoro; salvo sempre a quelli che non sono stati chiamati il diritto di chiedere dopo la divisione contro il coerede vittorioso nella lite.

Se il possessore o detentore, dopo che gli fu intimata la domanda giudiziale avrà cessato per fatto proprio di possedere la cosa, è tenuto a ricuperarla per l'attore a proprie spese, e, non potendo, a risarcirgliene il valore, senza che l'attore sia pregiudicato nel diritto di proporre invece la sua azione contro il nuovo possessore o detentore (art. 439). Il proprietario può anche rivendicare la cosa presso i detentori della stessa o possessori precarii, come il colono, l' inquilino il sequestratario; ma costoro possono ottenere di essere messi fuori causa, nominando quelli nel cui nome posseggono, onde il giudizio si contesti contro costoro, e si evitino le opposizioni di terzo che naturalmente competerebbero ai possessori non precari della cosa che forma l'oggetto della revindica.

Se il convenuto nega la identità della cosa che si reclama si ordina un esame per mezzo di esperti, onde con la visita locale dei fondi, e con la lettura dei titoli esibiti dalle parti, possono dare un adeguato parere su la controversia.

§ 36.° L' azione di revindica delle cose immobili dura trenta anni (art. 2135). Quanto ai beni mobili per loro natura, ed i titoli al portatore, il possesso producendo a favore dei terzi di buona fede l' effetto stesso del titolo, non possono rivendicarsi (art. 707); salva l'azione per l' *id quod interest* contro l' autore del danno o dell' appropriazione. Eccetto questa limitazione l'azione di rivendicazione è esercibile eziandio per le cose mobili ove sieno state smarrite o derubate, e quand' anche il possessore di buona fede le abbia acquistate in una fiera o in un mercato, ovvero all' occasione di una vendita pubblica o fatta da un commerciante che spaccia di simili oggetti. Il proprietario deve pagare il prezzo della cosa rubata in questi casi, e la sua azione non dura oltre i due anni contro il terzo detentore della cosa mobile (art. 2146).

§ 37.° Chi ha la proprietà del suolo ha pure quella dello spazio sovrastante e di tuttociò che si trova sopra e sotto la superficie. (art. 440). Ella è questa una presunzione di proprietà, la quale cede alla prova contraria, e non deve confondersi col possesso che non si presume al modo stesso, ma che va dimostrato nei modi prescritti dalla legge.

§ 38.° Ogni proprietario può obbligare il suo vicino a stabilire a spese comuni i termini tra le loro proprietà contigue (art. 441). Non si confonda quest' azione che inchiude il concetto della rivendicazione di una parte del fondo che si crede occupato dal vicino, con lo spostamento dei termini, il quale può essere riparato col mezzo dell' azione possessoria dinanzi al pretore, allorchè va fatta dopo l' anno di possesso legale e fra l' anno dalla turbativa; salva l' azione penale

nei casi di doloso traslocamento od amozione di termini od alberi di confine e l' applicazione della pena del carcere da uno a cinque anni (art. 671 cod. pen.).

§ 39.° L' azione pel ristabilimento dei termini è mista, avendo per iscopo lo adempimento di un'obbligazione personale che ha fondamento sul dominio, come pure quella sul regolamento di confine, partecipando quest'ultima vieppiù dell'indole delle azioni reali, poichè tende a regolare il limite delle rispettive proprietà. Epperò così la prima come la seconda azione deve introdursi dinanzi al giudice del luogo dove sono situati i fondi, poichè ivi i mezzi d' istruzione sono più economici e più facili ad espletarsi (art. 82 e 93 cod. proc. civ.).

§ 40.° Siffatta azione, detta *finium regundorum* dai Romani, compete a tutti i vicini e confinanti, sieno proprietari assoluti, sieno enfiteuti, sieno usufruttuari, o usuari, poichè tutti pel diritto che loro appartiene su la cosa hanno interesse che non avvenga confusione di confine, od ove sia avvenuta hanno tutto l' interesse di farla cessare. Quanto ai tutori, amministratori, locatari ed immessi nel possesso provvisorio dei beni dell'assente, occorrono le necessarie autorizzazioni da parte del consiglio di famiglia o del tribunale secondo i casi, trattandosi di un'azione immobiliare da sperimentarsi.

§ 41.° Lo stabilimento dei termini o il regolamento di confine dev'essere fatto a spese comuni; ma s'intende in proporzione della rispettiva proprietà. Se poi si trattasse delle spese del giudizio in caso di contrasto all'azione istituita, cederanno a carico del soccumbente (art. 370 cod. proc. civ.).

§ 42.° Ciascuno può chiudere il suo fondo, salvo i diritti di servitù spettanti ai terzi (art. 442). Codesta facoltà, che è conseguenza del diritto di proprietà fu sancita la prima volta dal codice francese per abrogare nella maniera più formale tutti i diritti di caccia e di pascolo usurpati dai baroni sui fondi dei poveri vassalli; i quali malgrado la reciprocanza dei diritti di pascolo che avevano talvolta convenuti coi signori, mentre vedevano i loro fondi del continuo devastati dai numerosi armenti di quelli, erano di poi impediti dalla prepotenza degli stessi baroni di esercitare il diritto di compascuo pel numero scarsissimo degli animali di loro proprietà.

Siffatto diritto compete a qualsiesi proprietario, e se il fondo appartiene a più persone, la chiusura non si potrebbe fare se non col consenso di coloro che rappresentano la maggioranza degl' interessi, trattandosi qui non già di fare innovazione su la cosa comune giusta l'art. 677, poichè il fondo resta nella sua integrità, ma di atto relativo alla buona amministrazione ed al migliore godimento della cosa (art. 678).

Qualora il fondo fosse enfiteutico il diritto di chiusura spetta allo enfiteuta, e mai al direttario, il quale niun danno risente pei deterioramenti del fondo da parte così degli uomini come degli animali, i quali siccome turbamenti di mero fatto, non possono interessare altri che

il solo possessore. Anche l'usufruttuario e l'affittuario hanno la facoltà di chiudere il fondo, purchè non ledano i diritti dei proprietari, e sia fatta la chiusura a loro spese, non essendovi quelli obbligati senza una speciale convenzione.

§ 43.° La chiusura compete per ogni specie di fondo sì rustico che urbano, e nei casi dell'art. 559, cioè quando trattasi di muri di cinta che separano le rispettive case, i cortili e i giardini situati nelle città e nei sobborghi, si può costringere il vicino a contribuire alle spese di costruzione e riparazione. Del pari potrebbe chiudersi la parte dei lastraci solari che covrono la verticale del proprio fondo a spese proprie, purchè non si pregiudichi in alcun modo il diritto degli altri condomini.

§ 44.° La chiusura può farsi con qualsiesi mezzo, come con siepi vive o morte, con muri a fresco od a secco, o circondando il fondo da fossi o passaggi di acqua della necessaria profondità.

CAPO II.

Del diritto di accessione.

§ 45.° Dopo aver noi trattato della proprietà in se medesima, passiamo a considerarla nella sua estensione, cioè nel diritto di accessione, ossia quello che è il prodotto della proprietà, o che si aggiunge alla stessa sia naturalmente, sia col mezzo dell'industria dell'uomo (articolo 443). Di qui una doppia specie di accessione, quella che è il prodotto della cosa, come i frutti che nascono dal suolo e le alluvioni, e quella artificiale od industriale che avviene per opera dell'uomo, come le aggiunzioni e le specificazioni.

Rispetto alla natura e qualità dei beni l'accessione può verificarsi tanto su le cose immobili, quanto su le mobili. Noi ci occuperemo della intera materia dell'accessione in tante sezioni separate con lo stesso ordine della legge.

SEZIONE I.

DEL DIRITTO DI ACCESSIONE SU CIÒ CHE È IL PRODOTTO DELLA COSA.

§ 46.° Il diritto di accessione, dal latino *eo quod accedit*, su ciò che è il prodotto della cosa, non riguarda che i frutti che appartengono al proprietario della cosa che li produce.

Le leggi anteriori distinguevano codesti frutti in naturali, industriali e civili. I Romani chiamavano frutto: *Quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest* (1). La legge nuova non s'interessa dei secondi, poichè le sue determinazioni sono simili a quelle sancite pei

(1) L. 9 Dig. de usufr.

frutti naturali, e quindi distingue i frutti in *naturali* e *civili* (articolo 444).

Diconsi frutti naturali quelli che provengono direttamente dalla cosa, vi concorra o no l'industria dell'uomo, come la biada, il fieno, le legna, i parti degli animali e i prodotti delle miniere, cave e torbiere (art. 444). Anche i Romani annoveravano tra' frutti i parti degli animali, *quia pars viscerum eorum.*

Sono frutti civili quelli che si ottengono per occasione della cosa, come gl'interessi dei capitali, i proventi delle enfiteusi, dei censi, dei vitalizii ed ogni altra rendita. I fitti e le pigioni dei fondi appartengono alla classe dei frutti civili (art. 444); ma non sarebbero tali le porzioni di frutti che il proprietario riceve dal mezzaiuolo o colono parziario, poichè il suo diritto è relativo a frutti naturali in tal caso, quali sono quelli che provengono direttamente dalla cosa, *ex ipso rei corpore.*

Secondo le leggi romane i frutti solevano altresì distinguersi in *pendenti, separati, percepiti, percepibili, esistenti e consumati.* Si dicevano pendenti (*pendentes*) quelli ancora attaccati alla cosa principale, e separati (*separati*) gli altri: questi ultimi si chiamavano in modo speciale percetti se l'acquirente aveva contribuito alla loro separazione. Dicevansi percepibili (*percipiendi*) i frutti che un diligente padre di famiglia avrebbe potuto percepire e che non furono percetti. Chiamavansi esistenti (*extantes*) quelli che si trovavano ancora presso l'acquirente; e da ultimo consumati (*consumpti*) quelli che erano stati già goduti o alienati.

§ 47.° La distinzione dei frutti civili e naturali è importante pel modo diverso di acquisto, poichè i primi si acquistano giorno per giorno, ossia che nella fine di ciascun giorno di godimento il possessore deve esigere la trecentesimasessantacinquesima parte dei frutti civili dell'anno che corre (art. 481); i secondi facendo parte dell'immobile fino a che sono adunati al suolo o sono pendenti dai rami seguono lo stesso, ed appartengono a colui che lo possiede (art. 480).

I frutti civili esistenti presso il debitore o presso i terzi si sottopongono a sequestro col procedimento indicato negli articoli 593 e seg., e 611 e seg. del codice di procedura civile, secondo che si rattrovano presso il debitore o i terzi; i frutti naturali non ancora raccolti o non ancora separati dal suolo col procedimento indicato dallo art. 606 e seguenti del codice stesso.

§ 48.° Egli è giusto che chi raccoglie i frutti della cosa, abbia l'obbligo di rimborsare i terzi delle spese della coltura, delle sementi e delle opere da loro fatte (art. 445). La legge romana non disponeva diversamente, e non faceva distinzione al riguardo tra il possessore di buona e di mala fede: *Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt, quod non solum in bonae fidei possessoribus naturali, ratio expostulat, verum etiam in praedonibus* (1). Se colui che ha diritto ai

(1) L. 36 Dig. de haered. petit.

frutti doveva pagare delle spese, e queste sono state invece anticipate dal gestore di negozio, dal mandatario, o fatte dal possessore di buona o di mala fede, è giusto che si paghino a colui che le ha erogate, poichè non si può ritener per frutto se non quello che si ottiene al di là delle spese necessarie alla loro produzione: *Non sunt fructis nisi impensis deductis.*

SEZIONE II.

DEL DIRITTO DI ACCESSIONE SOPRA CIÒ CHE SI INCORPORA O SI UNISCE ALLE COSE IMMOBILI.

§ 49.° Abbiamo detto che tutto ciò che s'incorpora e si unisce alla cosa appartiene al proprietario di essa, come conseguenza del diritto di dominio, salve le regole che al riguardo stabilisce la legge (articolo 446). Or queste essendo relative alle cose immobili ed alle mobili, è mestieri occuparci del diritto di accessione sopra le une e le altre separatamente.

§ 50.° Il diritto di accessione su le cose immobili riflette: 1° le piantagioni e costruzioni; 2° gli accrescimenti per alluvione od avulsione, o pel ritiro dell'acqua corrente; 3° la proprietà delle isole formate nei letti dei fiumi; 4° la proprietà di taluni animali.

§ 51.° Circa le piantagioni e costruzioni è costante la regola che la proprietà del suolo trae a se quella della superficie e del suo interno, onde il proprietario ha diritto di fare nel suolo del suo fondo quelle piantagioni e costruzione che stima, ed eseguire tutti quegli scavamenti che meglio crede. Nondimeno sonovi delle eccezioni dipendenti dalle servitù prediali che modificano la regola enunciata, non che quelle relative alle miniere ed alle leggi di polizia (art. 447). In conseguenza il proprietario non potrebbe impiantare alberi sul proprio fondo se non alla distanza prescritta dalla legge, nè scavare un pozzo che potrebbe arrecar danno al vicino, o fare delle fossate presso ad una strada pubblica pericolose ai viandanti.

§ 52.° Dal principio che la proprietà del suolo comprende la superficie e quella dello interno, ne risulta che il solo proprietario abbia il diritto di fare le opere sul suo fondo, e quindi tutte le piantagioni e costruzioni che vi si trovano si presumono fatte a sue spese. Ma siffatta presunzione cede alla prova contraria, ove altri giustifichí che le opere sono state fatte da lui e gli appartengono. Ecco perchè la legge fa espressamente salva la prova contraria ed i diritti legittimamente acquistati dai terzi (art. 448).

§ 53.° Le costruzioni e piantagioni possono essere fatte dal proprietario del suolo con materiali altrui, o da un terzo con materiali propri.

Nel primo caso il proprietario del suolo che ha fatto costruzioni, piantagioni od opere con materiali altrui, dee pagarne il valore, non

essendo lecito ad alcuno di farsi ricco a spese altrui. Ma non era giusto sancire la distruzione dell' edificio per togliere i materiali e consegnarli al proprietario, perchè a parte il deterioramento dei medesimi, sarebbe stata improvvida quella legge che avesse ordinata la distruzione di un' opera di già perfetta ed utile alla società. Solo nel caso di mala fede da parte del proprietario o di colpa grave è giusta la condanna ai danni interessi in pro' del proprietario dei materiali, ed anche l' azione penale in caso di furto od indebita appropriazione dei medesimi (art. 449 e 475).

Se poi le piantagioni e i materiali potessero togliersi senza distruggere l'opera costrutta o far perire la piantagione, il proprietario ha diritto di riprenderla (art. 449). Il diritto romano non offre regole diverse al riguardo: *Cum in suo loco aliquis aliena materia aedificaverit, ipsa dominus intelligitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit, desiit eius dominus esse: sed tantisper neque vindicare, eam potest, neque ad exibendum de ea agere, propter legem duodecim tabularum, qua cavetur ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur. Sed duplum pro eo praestet. Appellatione autem tigni omnes materiae significantur, ex quibus aedificia fiunt* (1). *Certe si dominus soli petat aedificium nec solvat praetium materiae et mercedem fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli* (2).

§ 54.° Gli antichi giureconsulti non sono stati di accordo su la quistione, se la piantagione fatta nel fondo altrui appartenga a colui che ha piantato o al proprietario del fondo. Taluni credettero attribuirla a colui che aveva fatto la piantagione; altri han voluto stabilire una specie di società tra il piantatore e 'l proprietario del fondo; perchè da una parte le piante sono alimentate dal fondo, e dall' altra esse hanno per se stesse un prezzo, un valore che non è stato somministrato dal proprietario. Grozio ed altri pubblicisti così opinarono; ma giustamente furono redarguiti da Puffendorf, il quale ha fatto manifesto tutti gl' inconvenienti che nascerebbero da una società forzosa; ha osservato che sarebbe pericoloso assoggettare una proprietà senza la saputa e contro la volontà del proprietario. Il nostro codice accorda la facoltà al proprietario del suolo di ritenerle, se lo crede conforme ai suoi interessi, o di obbligare questo terzo a ristabilire il fondo nel suo stato anteriore.

Nel secondo caso, cioè quando le piantagioni e costruzioni siensi fatte da un terzo con materiali suoi nel fondo altrui, non viene meno la regola *quod solo inaedificatur solo cedit*; senonchè in tal caso il proprietario del fondo ha diritto o di ritenerle o di obbligare colui che le ha fatte a levarle, non essendo giusto di imporre l'acquisto di piantagioni e costruzioni, pel quale non sempre si hanno i mezzi in

(1) L. 7 Dig. de acquir. rer. domin.
(2) Dic. lex. p. 12.

pronto, e potrebbe il proprietario del suolo vedersi esposto al pericolo di perdere la sua proprietà, per non potere acquistare quella aggiuntavi da un terzo senza suo consenso.

Nondimeno è d'uopo distinguere se il terzo sia di buona o di mala fede, poichè la regola espressa non potrebbe essere applicata nel primo caso senza evidente ingiustizia.

Nel caso di mala fede il proprietario può ritenere le piantagioni e costruzioni, e può obbligare il terzo a rimuoverle. Nel primo caso siccome egli profitta delle opere è giusto che ne paghi il valore; ma questo pagamento va fatto a sua scelta, sia offrendo il valore dei materiali ed il prezzo della mano d'opera, oppure l'aumento di valore recato al fondo (art. 450). Egli avviene molto frequentemente che la fabbrica in siti remoti e disabitati costa molto, e dà poco aumento di valore al fondo; ed invece quella fatta in siti ricercati, e che rende completo un fondo rustico, come una casina od una casa colonica, od un cellaio che vi mancava, accresce il valore della cosa al di sopra delle spese eseguite per la costruzione dell'opera. Era giusto dare la scelta al proprietario, come colui che ha l'obbligo di pagare, sebbene egli ritenendo le piantagioni o le fabbriche mostri con ciò stesso di approvarle. Ma senza l' opera del terzo egli le avrebbe fatte in altro tempo, ed a condizioni più favorevoli, epperò non è giusto costringerlo a pagare nel modo più oneroso una innovazione che egli solo avrebbe avuto il diritto di fare, e che nondimeno paga pel fatto esclusivo di un terzo.

Al contrario le leggi napolitane del 1819, a somiglianza delle leggi francesi, non davano questa scelta al proprietario, e fisse sul concetto che chi ritiene le fabbriche volontariamente, le approvi, obbligavano colui a pagare in tal caso il prezzo dei materiali e della mano d'opera (art. 480 2ª alinea).

Il valore aumentato del fondo va considerato in riguardo al tempo in cui il proprietario revindica il suo immobile, e nulla potrebbe essere dovuto ove l' opera fatta fosse stata posteriormente in tutta distrutta, poichè il proprietario non può essere tenuto a pagare opere e miglioramenti dei quali non può profittare.

A differenza del possessore di buona fede, è chiaro che al possessore di mala fede si possa opporre in compensazione quello che deve pei frutti percepiti, col prezzo dei materiali e della mano d'opera dovutogli, o quello relativo all'aumento di valore che il proprietario dee offrirgli per ritenere le fabbriche e le piantagioni.

Se il proprietario vuole avvalersi del diritto di far togliere le piantagioni e costruzioni elevate nel suo fondo dal terzo, ciò dee essere eseguito a carico di costui, ed è giusto che non riceva alcuna indennizzazione, poichè deve imputare a sua colpa di avere impiantato alberi o fabbricato nel suolo alieno con manifesta offesa dell'altrui diritto dominicale. Egli può inoltre essere condannato ai danni interessi se le innovazioni avessero arrecato pregiudizio al proprietario, come ad

esempio per la mancata raccolta sul suolo occupato, o il nocumento alle piante vicine a quelle arbitrariamente impiantate.

Sotto il nome di terzo s'intende sia il possessore *animo domini*, sia il precario, come il colono, l'inquilino, non che l'usuraio o l'usufruttuario sia legale sia convenzionale. Ma questi ultimi avendo la coscienza di dovere restituire la cosa nello stato in cui la ricevettero, non possono ritenersi in buona fede quando fanno innovazioni su la cosa altrui senza espresso permesso da parte del proprietario.

Nel caso che il terzo sia di buona fede, il proprietario del suolo non può chiedere la distruzione delle piantagioni e costruzioni, ma può avvalersi della scelta o di soddisfare il valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera, o di pagare una somma uguale all'aumento che ne ha ricevuto il fondo; come ad esempio se si fosse fatta una casina o casa colonica che ha aumentato di valore lire mille, e si è fatta la spesa di lire duemila (art. 450 3 alinea). Malgrado lo stesso diritto di scelta che la legge accorda in tal caso pel giusto riguardo dovuto al diritto di proprietà, il terzo di buona fede viene a ricevere sempre una indennità quando abbia fatto delle spese utili, ed il proprietario del fondo non può mai avere il diritto di obbligarlo a togliere a sue spese le piantagioni e le costruzioni, ma dee soddisfarlo in uno dei modi anzidetti. Oltre questo vantaggio il possessore di buona fede ha diritto di ritenere la cosa fino a quando non sia pagato del prezzo delle piantagioni e costruzioni, che hanno reso migliore il fondo, purchè sia stato domandato nel corso del giudizio di rivendicazione (art. 706). Ma tra i possessori di buona fede, sono sempre da escludere i sequestratari, i coloni, ed altri precarii detentori, i quali avendo la coscienza di dover restituire la cosa al legittimo proprietario, non possono fare su la stessa alcuna innovazione senza esporsi alle conseguenze stabilite dalla prima parte dell'art. 450; salva la regola speciale per l'usufruttuario (art. 495) ed il caso per gli altri in cui avessero ottenuto formale consenso dal proprietario.

Da ultimo per vedere se il possessore sia di buona o di mala fede, è d'uopo aver riguardo al tempo in cui l'opera venne eseguita, e non già a quella posteriore alla sua formazione, poichè anche quando sia cessata dopo la buona fede, non può avere effetto retroattivo e distruggere conseguenze legali già verificate.

§ 55.° Se le piantagioni, fabbriche od altre opere sieno state fatte da un terzo con materiali altrui, il padrone della materia non ha diritto di rivendicarla, ma può esigere indennità dal terzo che ne ha fatto uso, ed anche dal proprietario del suolo, ma soltanto sul prezzo che da questo fosse ancora dovuto (art. 451). La ipotesi fatta in questa disposizione vuol considerarsi nei rapporti tra il possessore ed il proprietario, e fra questo e il padrone della materia. Sotto il primo rapporto è del tutto applicabile il disposto dell'art. 450, e il proprietario del fondo ha il diritto di conservare mediante rimborso o far togliere le piantagioni e costruzioni, qualora il possessore le avesse fatte con

materia sua. La circostanza di essere i materiali appartenenti a persona diversa da colui che esegue le fabbriche non potea aver la forza di modificare i diritti del proprietario; e quindi il padrone della materia non può rivendicarla, ma solo chiedere il prezzo di essa al proprietario, quando non l'abbia ricevuto in tutto ovvero in parte dal possessore. Sotto il secondo rapporto, cioè rispetto a colui che ha impiegato la materia, il padrone di questa ha il diritto di ottenere da lui l'indennità, la quale comprende il prezzo della materia, e in caso di mala fede e colpa grave il risarcimento dei danni, ed anche l'azione penale alla quale può dare luogo l' indebita appropriazione.

Se nella costruzione di un edificio si occupasse in buona fede una porzione del fondo attiguo, e la costruzione si fosse fatta a saputa e senza opposizione del vicino, potranno l' edifizio ed il suolo occupato essere dichiarati di proprietà del costruttore (art. 452). Siffatta disposizione segna una eccezione al principio generale che la parte di edificio elevata sul suolo altrui spetta a colui che ne è il proprietario. Essa si fonda sopra un consenso presunto di costui, che ha veduto elevare le fabbriche, e mentre poteva opporsi, non ha curato di farlo. Le condizioni onde abbia luogo siffatta eccezione sono le seguenti: 1.° che si tratti di edificio, non già di qualsiesi altra fabbrica: 2.° che sia costruito in buona fede; 3.° che si estenda per una porzione sul suolo del vicino , e per un' altra sul proprio , poichè se è del tutto fabbricato l'edificio sul suolo altrui ha luogo la regola dell' art. 451. 4.° che la costruzione siesi fatta a saputa e senza opposizione del proprietario. Questa può essere giudiziale o stragiudiziale, purchè fatta prima che l'opera sia terminata.

Malgrado che le anzidette quattro condizioni si verificano, pure l'edificio elevato in parte sul suolo altrui, non attribuisce al costruttore la parte di proprietà da esso occupata; ma *può* l' edifizio e il suolo essere dichiarato di proprietà dello stesso, mediante una indennità proporzionata al doppio del valore della superficie occupata, oltre al risarcimento dei danni (art. 452).

La espropriazione di cui è parola nel suddetto articolo essendo stabilita a favore del terzo che ha elevato l'edificio, può questo sempre rinunciarvi, e lungi di pagare il doppio valore del suolo e i danni interessi, ridurre le cose nel pristino stato, e liberarsi da ogni indennizzo verso il proprietario.

§ 56.° Dopo le regole su le piantagioni e costruzioni seguono quelle relative alle *alluvioni* ed *avulsioni*. Diconsi alluvioni le unioni di terra e gl'incrementi, che formansi successivamente ed impercettibilmente nei fondi posti lungo le rive dei fiumi o torrenti (art. 453). Non era diversa la definizione del diritto latino: *Per alluvionem autem id videtur adiici , quod ita paulatim adiicitur ut intelligere non possumus quantum quoquo momento temporis adiiciatur* (1).

(1) 7. Dig. de acquir. rer. dom.

L'alluvione cede a favore del proprietario lungo la riva di un fiume o torrente, sieno questi atti o no alla navigazione od al trasporto, con l'obbligo nel primo caso di lasciare il marciapiede o sentiero secondo i regolamenti (art. 453). La regola è tratta dal diritto romano: *Quod per alluvionem agro nostro flumen adiicit, iure gentium nobis adquiretur* (1).

Essa va giustificata dalla impossibilità di discernere il precedente proprietario delle molecole o particelle di terra aggiunte al fondo altrui, pel bisogno di evitare frequenti liti tra proprietari vicini, ed anche per l'alea che corrono ogni dì fra di loro, per la quale possono perdere parte del loro fondo od averlo accresciuto per la forza esclusiva del fiume.

La legge non impone altro obbligo ai proprietari che lasciare un marciapiede o sentiero per potere tirare le barche ed i battelli per non ostacolare la navigazione; ma la proprietà del terreno è sempre dei proprietari confinanti; epperò se il fiume disseccasse la servitù che la legge impone non avrebbe più ragione di esistere.

Questa regola non ha luogo pel terreno abbandonato dall'acqua corrente, che insensibilmente si ritira da una delle rive portandosi su l'altra, poichè esso appartiene al proprietario della riva scoperta, senza che il confinante della riva opposta possa reclamare il terreno perduto.

Questo diritto non ha luogo pei terreni abbandonati dal mare, spettando il lido al demanio dello Stato (art. 454 e 427).

Del pari non vi ha diritto di alluvione riguardo ai laghi ed alli stagni, il proprietario dei quali conserva sempre il terreno che l'acqua copre, quand'essa è all'altezza dello sbocco del lago o dello stagno, ancorchè il volume dell'acqua venisse a scemare.

Parimente il proprietario del lago e dello stagno non acquista alcun diritto sopra la terra lungo la riva che l'acqua ricopre nei casi di estraordinaria escrescenza (art. 455). La regola è comune al diritto romano: *Lacus et stagna licet interdum crescant interdum exarescant, suos tamen terminos retinent, ideoque in his ius alluvionis non adgnoscitur* (2). *Lacus enim cum aut cresceret, aut decresceret, numquam neque decessionem in eo vicinis, neque accessionem facere licet* (3). Il lago e lo stagno non essendo fluenti, non può adottarsi la regola dell'alluvione, poichè essi non possono allontanarsi da un lato ed estendersi dall'altro; quindi il limite della proprietà del padrone del lago o dello stagno è determinata e circoscritta dallo sbocco o discarico di essi ancorchè l'acqua venisse a diminuire di volume. In conseguenza siccome il proprietario dello stagno o lago per l'escrescenza o dilatazione delle acque non acquista diritto sui fondi che le contengono, così i proprietari dei fondi limitrofi non l'acquistano sulle porzioni dello stagno o lago qualora per l'essiccazione delle acque rimanessero scover-

(1) Dicta. lex.
(2) L. 12. Dig. de acquir. rer. dom.
(3) L. 24. Dig. de aqua. pluv. arc.

te. Le dighe poi di uno stagno si presumono appartenere al proprietario di esso come limite della sua proprietà.

§ 57.° Dicesi *avulsione* il distacco violento di una parte considerevole e riconoscibile di un fondo contiguo, la quale per forza istantanea si trasporta sul fondo altrui. In tal caso il proprietario della parte staccata può reclamarne la proprietà entro l'anno, ma scorso questo termine la domanda non è più ammessibile, salvo che il proprietario del fondo a cui s' unì la parte staccata non ne abbia preso ancora possesso (art. 456). La legge romana non aveva stabilimento diverso, non verificandosi qui le ragioni che giustificano l' alluvione ; eccetto se il proprietario con la sua noncuranza facesse operare quella confusione che in origine non esisteva: *Quod vi fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et uno praedio attulerit palam est tuam permanere* (1).

Le condizioni che la legge richiede per attribuire la parte staccata al proprietario del fondo al quale si è unita sono due , cioè che la parte sia considerevole in se e col debito riguardo alla estensione del fondo dal quale si è distaccata , e che sia riconoscibile. Se una di dette condizioni manchi il proprietario del fondo al quale il terreno staccato si è unito ne acquista il possesso, e non si dà luogo ad alcuna domanda di rivendicazione.

Il diritto di reclamare la proprietà della parte riconoscibile del fondo non consiste nel prendere possesso della stessa nel luogo ove è trasportata; ma in quello di esportare il terreno con le piante relative nel fondo dal quale si è distaccata; salvo l'obbligo di rimettere il fondo del proprietario al quale si era aggiunto nel suo stato primitivo, poichè se l'altro si libera da un danno riprendendo la parte di terreno con gli alberi relativi, non è giusto che ne arrechi al proprietario del fondo inferiore o della opposta riva dove il terreno si era unito. Nel caso in cui passasse l'anno pel reclamo della proprietà perduta, niuna indennità potrebbe essere dovuta al proprietario del fondo che la soffre, trattandosi di un acquisto per accessione che deriva dal corso naturale delle cose e non dall' opera dell' uomo.

§ 58.° L' altra accessione è quella delle isole , isolette ed unioni di terra. Dicesi *isola* ogni tratto di terra circondato dalle acque , la quale se è piccola prende il nome di *isoletta*; e diconsi *unioni di terra* gli ammassi di terra che la corrente ha trascinato fino all'altezza del pelo dell'acqua: *Tribus modis insula in flumine fit, uno, cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit; altero cum locum, qui alvei esset, siccum relinquit ut circumfluere coepit; tertio, cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit,et cum alluendo auxit* (2).

§ 59°. Quanto alla proprietà delle isole, isolette ed unioni di terra bisogna distinguere quelle che si formano nei fiumi navigabili o adatti a trasporto, da quelle che si formano nei fiumi non navigabili e non adatti al trasporto. Le prime elevandosi in fiumi i di cui letti sono di

(1) L. 7 § 2 D. de adquir. rer. dom.
(2) L. 30 Dig. de adquir. rer. dom.

proprietà dello Stato, appartengono al medesimo per diritto di accessione, salvo se non vi è titolo o segno in contrario (art. 457). *Si id quod in publico innatum est, aut inaedificatum est, insula quoque in flumine publico nata est, publica esse debet* (1).

Al contrario le isole ed unioni di terra che si formano nei fiumi e torrenti non navigabili nè atti al trasporto, appartengono ai proprietari che fronteggiano quel lato della linea mediana del fiume o torrente dal quale si trovano. Se le isole ed unioni di terra si estendono ad ambidue i lati della linea mediana, questa segnerà il confine della proprietà dei rivieraschi delle due sponde. La porzione dell'isola od unione di terra spettante ai proprietari della stessa sponda è determinata dalle perpendicolari che partendo dalla linea mediana del fiume o torrente, cadono pei punti estremi delle fronti dei loro fondi (art. 458).

§ 60.° Le disposizioni dei due precedenti articoli non si applicano al caso in cui l'isola si formi con terreno staccato per forza istantanea dalla riva e trasportato nel fiume o torrente. Il proprietario del fondo dal quale fu staccato il terreno ne conserva la proprietà; ma trattandosi di un fiume navigabile od atto al trasporto lo Stato ha diritto di farsi cedere la proprietà, mediante pagamento di una indennità proporzionata (art. 459). La disposizione è tratta dal codice albertino, e tende a prevedere il caso che l'avulsione, oltre quello innanzi previsto, avvenisse in un fiume navigabile o atto a trasporto. In questo caso essendo il fiume parte del demanio pubblico; ed occorrendo ai bisogni della navigazione, se bisognava riconoscere i diritti dei privati cittadini ai quali si spettava il terreno distaccato, non dovevansi disconoscere allo intutto i diritti della intera cittadinanza che lo Stato rappresenta; ed all' effetto si è proclamata in massima la *pubblica utilità,* la quale sussistendo sempre nel caso in esame non può soggiacere ad alcuna prescrizione; ma solo dà luogo alla giustificazione della pubblica utilità se vi è prescrizione in pro' de' privati; avvegnachè malgrado la demanialità dei fiumi navigabili atti a trasporto, comechè considerati di uso pubblico, pure la legge ad evitare la disputa su la demanialità delle accessioni nello stesso, fa espressamente salvo il titolo o la prescrizione in contrario (art. 457).

§ 61.° Se un fiume o torrente, formando un nuovo corso, attraversa e circonda, facendone un' isola, il fondo del proprietario confinante, questi conserva la proprietà del fondo; salvo ciò che è stabilito dall' articolo precedente (art. 460). Se il fondo è stato attraversato e coverto dalle acque, era giusto che la proprietà del fondo fosse rimasta allo stesso possessore; salvo se si trattasse di un fiume navigabile, dove l' interesse generale della società ha fatto stabilire la espropriazione dietro il pagamento della indennità al privato. Il diritto romano non offre contraria disposizione: *Quod si aliqua parte divisum*

(1) L. penul. § ult. Dig. de adquir. rerum dom.

sit flumen ; deinde infra unitum , agrum alicuius in formam insulae redegerit, eiusdem permanet is ager cuius et fuerat (1).

§ 62.° Finalmente la legge prevede il caso del totale cangiamento del letto del fiume. Secondo la legislazione romana il letto abbandonato da un fiume si acquistava da coloro che possedevano i fondi vicini alle due ripe in ragione della larghezza del rispettivo fondo; ed il nuovo alveo divenia pubblico al pari del fiume : *Quod si naturali alveo in universum derelicto , ad aliam partem fluere coeperit prior quidem alveus eorum est qui prope ripam eius praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque agri quae prope ripam sit* (2). La legge francese come la napolitana attribuiva ai proprietari dei fondi che si vengono ad occupare, a titolo di indennità, l'antico letto abbandonato. Al contrario il legislatore italiano con maggiore giustizia, ritenendo la proprietà del novello letto presso gli stessi proprietari , sancisce che se un fiume o torrente si forma un nuovo letto abbandonando l'antico, questo spetta ai proprietari confinanti alle due rive per la stessa ragione che il letto del fiume si ritiene di loro esclusiva proprietà. Essi se lo dividono sino al mezzo del letto medesimo secondo l'estensione della fronte del fondo di ciascuno (art. 461). Quando un fiume cambia di letto, diceva il senatore Scialoia, nessuno potrebbe mai dubitare che il nuovo suo letto sia una parte presa dal fiume su la proprietà privata di colui che ieri la coltivava come suo podere, e che il dì seguente la vide istantaneamente tramutata in alveo. Or secondo il concetto che oggi noi ci facciamo della proprietà, questa occupazione dell'acqua non può privare il proprietario del suolo de' diritti che aveva su quella parte del fondo che diventò letto del fiume.

La quistione si è renduta dubbia sol perchè si sono considerati i letti più stabili dei fiumi, quei letti la cui originaria proprietà, se mai una ve ne fu, si perde nella notte dei tempi, quei letti che innanzi alla memoria d'uomo sono stati e continuano ad essere alvei di fiumi. Ma questa più o meno stabile o mutevole condizione degli alvei è una accidentalità che non può essere cagione d'una varietà di principii. Non solo l'acqua sgorga dai monti , scende nelle valli, solca le pianure , ed invade parte delle proprietà private , convertendole in letti di fiumi. Ci è un'altra specie di torrenti che sgorgono frequentemente dai crateri dei monti, che si rovesciano giù per la china ed occupano la proprietà dei privati. Per noi nati nel mezzo dell'Italia non è nuovo lo spettacolo delle eruzioni dell'Etna e del Vesuvio. Quanto dalla bocca di questi vulcani vengono vomitati torrenti di fuoco che scorrono sopra le circostanti proprietà private, chi ha mai creduto che il suolo occupato da codesti torrenti , cessi di appartenere ai loro proprietari ? chi mai ha negato che torni ad esser loro e da loro usu-

(1) Inst. § 29 de aequir. rer. dom.
(2) Inst. eod. tit.

fruito appena che il fuoco si estingue ? Ora qual differenza è mai, sotto il rispetto del diritto, tra il torrente di fuoco ed il torrente di acqua ? Quando un fiume cambiando direzione occupa molti fondi privati, perchè il letto di questo corso di acqua deve uscire dalla proprietà privata, mentre i letti di quei torrenti di fuoco rimasero sempre incontrastabilmente nel dominio anteriore ?

Dunque per l' avvenire è naturale, o signori, che la legge sancisca che i nuovi letti di fiumi, cagionati dai lori nuovi corsi, restino inalterabilmente proprietà privata, e che l' acqua fluente sia una servitù naturale. E dico servitù e non danno, perchè spesse volte l'acqua non arreca distruzione e rovina come il fuoco; ma apporta con se la ricchezza e la fecondità d'un podere. Dunque l' acqua è servitù che naturalmente s'impone a quei proprietari la cui terra è da essa occupata (1).

L'alveo abbandonato spetta ai rivieraschi dell'una e dell'altra sponda, qualunque sia il fiume navigabile o innavigabile, adatto o non al trasporto, poichè la legge non fa alcuna distinzione al riguardo. Solo è d'uopo che l'abbandono sia totale, e che l'antico letto sia del tutto cessato dall'uso pubblico, e l'acqua abbia stabilito il suo corso in modo stabile nel nuovo letto.

§ 63° La quinta specie di accessione è quella dei colombi, conigli, pesci che passano da una colombaia,conigliera,o peschiera in un'altra; essi spettano al proprietario di questa, purchè non sieno attirati con arte o frode (art. 462). Siffatti animali seguono sempre la sorte del luogo dove si trovano, ma se vi fossero attirati con frode il padrone potrebbe rivendicarli, purchè l' azione sia istituita nel termine dei due anni prescritti dalla legge (art. 2146).

Il diritto romano rispetto agli animali distingueva i medesimi in fieri o selvaggi e mansueti. Appartenevano alla prima specie quelli che per loro natura vagano da un sito in un altro, come i pesci, gli uccelli, le api, i paoni, i cervi, i colombi, e simili. Per siffatti animali riconoscevano il diritto del primo occupante ; eccetto se fossero addivenuti mansueti, nel quale caso niuno poteva appropriarseli senza incorrere nelle pene del furto. Appartenevano alla seconda specie tutti gli animali domestici, come le galline, le anitre, le vacche, i cavalli, i somieri, le oche, le pecore, e simili. Questi una volta occupati erano del padrone ancorchè avessero smarrita l' abitazione, e quegli che li ritrovava e se ne appropriava era reo di furto, purchè il padrone non li avesse abbandonati con l'animo di non più riprenderli. Oggi invece è reo di un particolare reato punibile secondo il valore diverso della cosa rinvenuta, sia mobile, sia un semovente, quegli che avendola rinvenuta,lungi di presentarla all'autorità destinata dalla legge, la rivolge a proprio uso. Nondimeno cessa ogni procedimento quando risulta che l'inventore ha restituito al padrone nella sua integrità la

(1) Discussione fatta in Senato nella tornata del 25 marzo 1865.

cosa trovata, o lo ha soddisfatto del danno reale sofferto (art. 634 cod. pen.).

SEZIONE III.

Del diritto di accessione relativamente alle cose mobili

§ 64.° Dopo aver trattato del dritto di accessione relativamente alle cose immobili, è d'uopo occuparci di quello concernente le cose mobili. Le regole della legge al riguardo si riducono: 1° all'aggiunzione; 2° alla specificazione; 3° alla mescolanza di diverse materie appartenenti a più persone; 4° ed a talune regole generali che riflettono ogni specie di accessione su le cose mobili.

§ 65.° In primo luogo la legge prescrive che il diritto di accessione relativo alle cose mobili appartenenti a due distinti padroni soggiace alle regole della equità naturale; e ciò per essere impossibile il prevedere tutti i casi che possono occorrere nella pratica applicazione. Nondimeno i giudici terranno presenti le poche regole che la legge determina nelle seguenti disposizioni (art. 463).

§ 66.° Riguardo all'accessione che forma la prima specie, e che abbiamo chiamata coi Romani *aggiunzione*, è stabilito che se le due cose unite possono dividersi senza notabile deterioramento, ciascuno dei due padroni ai quali appartengono, ha diritto di ottenerne la separazione. Se ciò non può aver luogo il padrone della cosa accessoria non può rivendicarla col mezzo della separazione; ma ha soltanto diritto al pagamento del valore, non dovendosi distruggere la individualità che si è già formata (art. 464).

Si reputa parte principale quella a cui l'altra non fu unita che per uso, ornamento o compimento (art. 465). Ma se la cosa unita è molta più preziosa della principale, ed è stata adoperata senza il consenso del proprietario, questi ha la scelta o di appropriarsi il tutto, pagando al proprietario della cosa principale il valore di essa, ovvero di chiedere la separazione della cosa unita, ancorchè potesse seguire deterioramento dell'altra (art. 466). Se quindi un diamante di valore fosse stato alla insaputa del padrone incastrato in un anello altrui o nella guardia di una spada, egli può reclamarlo, malgrado il deterioramento che potesse avvenire nell'anello o nella guardia della spada.

Se poi di due cose unite per formare un solo tutto, l'una non può essere riputata come accessoria dell'altra, si reputa principale quella che è più notabile per valore, ovvero per volume nel caso di valori approssimativamente eguali (art. 467).

§ 67.° Dopo l'aggiunzione di più cose segue la ***specificazione***. In questa la regola è sempre la stessa che l'accessorio segue il principale. La legge considera come due cose distinte la materia ed il lavoro, e dà in generale la preferenza alla prima; salvo se la seconda fosse molto

più pregevole. Se quindi un artefice o altro individuo abbia adoperato una materia che non gli apparteneva per formare una cosa di nuova specie, possa o non possa questa materia riprendere la sua forma primitiva, il proprietario di essa ha diritto alla proprietà della cosa, rimborsando l'artefice o l'altro individuo del prezzo della mano d'opera (art. 468). Questa è d'ordinario di un valore minore della materia impiegata per l'opera; ma diviene cosa principale pel valore, e giustifica l'attribuzione della nuova specie al padrone della materia.

Quando poi la mano d'opera fosse tanto pregevole da sorpassare di molto il valore della materia adoperata, la mano d'opera è considerata come principale, e l'artefice ha diritto di ritenere la cosa lavorata pagando al proprietario il prezzo della materia (art. 470). Se la fattura è molto più pregevole della materia, sarebbe assurdo di considerare quella come un accessorio e questa come cosa principale: *Ridiculum est enim picturam Apellis, vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Idem statuam Phidiae vel Praxillis marmori cedere* (1).

Quando alcuno abbia adoperata materia in parte propria ed in parte altrui, per formare una cosa di nuova specie, senza che nè l'una nè l'altra delle due materie sia interamente trasformata, ma in modo che l'una non possa separarsi dall'altra senza guasto, la cosa rimane comune ai due proprietari, riguardo all'uno in ragione della materia che gli apparteneva, e riguardo all'altro in ragione della materia che gli apparteneva e del valore della mano d'opera (art. 469). Siffatta disposizione è applicabile quando con la materia altrui siesi fatto un corpo intero o quasi intero di nuova specie; ma se invece si è fatta una semplice aggiunzione, appartiene il tutto al proprietario della cosa principale, essendovi in tal caso aggiunzione e specificazione, e quindi la prima prevale su la seconda.

§ 68.° Dopo la specificazione, segue la mescolanza dei solidi e la confusione dei liquidi. In tal caso se le materie possono separarsi senza danno, quegli che non ha assentito, ha diritto di ottenerne la separazione a spese di chi l'ha cagionata. Se le materie non possono più separarsi o la separazione non possa aver luogo senza danno, la proprietà ne diventa comune in proporzione delle materie spettanti a ciascuno (art. 471). Se quindi il grano di uno si è mescolato con quello di un altro ha luogo la regola enunciata, come pure se il vino dell'uno si è confuso con quello dell'altro. Il principio che regola la mescolanza e la confusione è parimenti quello che l'accessorio segue il principale; ma è d'uopo che le cose non possano separarsi senza danno, altrimenti il proprietario della materia principale ha diritto alla proprietà della intera cosa prodotta dalla mescolanza con l'obbligo di pagare all'altro il prezzo della sua materia (art. 472). Qualora niuna delle cose mescolate possa ritenersi principale, nè possono separarsi

(1) Inst. de rer. divis.

senza danno, la proprietà diviene comune, e sarà divisa in natura secondo la parte spettante a ciascuno.

§ 69.° In tutti i casi enunciati, sia dell'aggiunzione, sia della specificazione o mescolanza sono stabilite le tre seguenti regole:

Per effetto della prima se la cosa rimane comune tra' proprietarii delle materie con le quali è stata formata, ciascuno di essi può domandare la vendita all'incanto a vantaggio e spese comuni (art. 473). Il mezzo dell'incanto è molto più giusto di quello che proponeva la legge romana, cioè di aggiudicarsi la cosa dal magistrato a chi esso meglio credeva: *Si familiae erciscundae vel comuni dividundo iudicium agatur et divisio tam difficile sit, ut pene impossibilis esse videatur; potest iudex in unius personam latam condemnationem conferre et adiudicare omnes res* (1).

Ma se la nuova cosa formata è divisibile, come la pezza di panno formata con la lana comune, o la mescolanza di diverse materie, ciascuno ha diritto di avere la sua parte in natura, poichè il diritto all'incanto suppone sempre la impossibilità giuridica di una comoda divisione (art. 988 e 994). Parimenti se si è confusa la botte del mio vino leggiero che vale cinquanta lire, e quella di un altro poderoso che vale dugento, il novello composto spetterà a me per un solo terzo, e per due all'altro condomino, e ciascuno può chiedere in natura la sua parte.

La seconda regola si è che il proprietario della materia impiegata per la nuova specie alla sua insaputa, può reclamare la cosa stessa, e dev'essergli restituita, se il voglia, nella stessa quantità, peso, misura e bontà, e può chiederne il valore (art. 474). Siffatta alternativa è una conseguenza del diritto di proprietà, per lo quale niuno senza proprio fatto può essere obbligato a perdere la sua cosa. Avete presa la mia lana per formare il panno: Io posso chiedere una eguale quantità di lana o il suo valore, senza accettare la comunione della nuova cosa formata. Al modo stesso se lo scultore ha impiegato il mio pezzo di avolio per fare una statua, io posso chiedere un eguale pezzo di avolio, o il valore corrispondente, e ricusare il condominio sulla statua formata, e che può non avere alcun prezzo laddove manchi di ogni pregio artistico. Il proprietario della nuova specie non può ricusare di consegnare la stessa quantità della cosa o il suo prezzo, poichè egli si è posto volontariamente in una posizione irregolare, e non potrebbe obbligare il proprietario della materia a divenire condomino di una nuova specie formata senza alcun suo consenso.

La terza regola si è che coloro i quali avranno impiegato le materie senza consenso dei padroni possono essere condannati al risarcimento dei danni ed interessi, ed anche perseguibili in via penale, quando ne sia il caso (art. 475). La regola non era diversa nel diritto antico: *Illud etiam palam est quod sive is qui pinxit, subripuit*

(1) L. 25 Dig. famil. erciscundae.

tabulas, sive alius; competit domino tabularum actio furti (1). Se l'appropriazione è avvenuta dopo di essere stata la cosa affidata a titolo di deposito volontario o necessario, l'autore del distornamento può essere punito come colpevole d'indebita appropriazione. Se altri con artificii colpevoli si fa consegnare il mio diamante, e lo incastra nell'elsa della sua spada, può essere punito come reo di truffa; e se altri *insciente domino* e per fine di lucro sottrae la botte del vino altrui e la mescola col suo, può essere perseguitato con l'azione di furto.

TITOLO III.

DELLE MODIFICAZIONI DELLA PROPRIETÀ.

CAPO I.

Dell' usufrutto, dell' uso e dell' abitazione.

§ 70.° Dopo che si è trattato della proprietà in sè stessa e nella sua estensione, è d'uopo considerarla nelle modificazioni delle quali è suscettibile.

La proprietà è *perfetta* se il subbietto della stessa riunisce in sè tutti i diritti che ne derivano; è *imperfetta* se taluni di codesti diritti si esercitano da altro individuo; il che avviene allorchè l'uno è proprietario soltanto, e l'altro gode per un tempo più o meno lungo un diritto di usufrutto, di uso o di abitazione. Il diritto romano chiamava siffatti smembramenti della proprietà *servitù;* e, riconoscendo di queste due specie, chiamava *personali* l'usufrutto, l'uso e l'abitazione, e *reali* quelle imposte sopra di un fondo a vantaggio di un altro fondo. Nel novello diritto si è ritenuta la voce di servitù reale, ma si è soppressa quella di servitù personali per naturale avversione delle antiche idee della feudalità, e per evitare un linguaggio surto nei tempi della servitù reale delle persone, e che non era decoroso ad essere usato in tempi di libertà e di eguaglianza civile.

Noi esamineremo ciascuno degli enunciati smembramenti della proprietà in tre sezioni distinte.

SEZIONE I.

DELL' USUFRUTTO.

§ 71.° L'*usufrutto* è il diritto di godere delle cose di cui un altro ha la proprietà nel modo stesso come ne godrebbe il proprietario, ma

(1) Inst. de acquir. rer. domin.

con l' obbligo di conservare la sostanza tanto nella materia, quanto nella forma (art. 477). Il diritto romano non offre diversa definizione: *Ususfructus est ius alienis rebus utendi, fruendi, salva eorum substantia* (1). In conseguenza di tale definizione l'usufruttuario percepisce tutti i frutti della cosa, profitta di tutti i vantaggi che sono inerenti o si aggiungano alla stessa dopo l'entrata nel godimento. Solo non avrebbe diritto al tesoro scoverto nel fondo; salva la metà pei diritti stabiliti in favore del ritrovatore. Gode pure delle miniere, delle cave e delle torbiere che sono aperte ed in esercizio al tempo in cui comincia l' usufrutto; ma non ha diritto su quelle non ancora aperte (art. 494 e 714). In conseguenza dell'obbligo di doversi conservare la forma, non può l'usufruttuario cangiare un vigneto in terreno seminatorio; ma gli è lecito il contrario; salvo l'obbligo al proprietario di obbligare l'usufruttuario a rimettere le cose nell'antico stato o pagargli le piantagioni siccome ad ogni altra persona terza che possiede con la coscienza di dovere restituire la cosa al legittimo proprietario. In materia di cose mobili la conservazione della forma non è meno essenziale, poichè rimutati quelli in altra posizione cesserebbero di servire all'uso per lo quale sono destinati, e l'usufruttuario verrebbe meno all'obbligo di godere delle cose mobili non fungibili nello stato in cui si trovano, giacchè nelle cose che si consumano con l'uso è impossibile la conservazione della cosa stessa, il di cui godimento suppone necessariamente l'uso e l'abuso; salva la restituzione nella stessa quantità, qualità e valore (art. 483).

§ 72.° L'usufrutto è un diritto sostanzialmente reale, poichè ha la sua base nel godimento di una cosa mobile od immobile; epperò ove all' usufruttuario si nega l' esercizio del suo diritto o ne viene in seguito spogliato, competono al medesimo le relative azioni di revindica e di spoglio per turbato possesso contro qualunque terzo possessore od autore della indebita occupazione o dello spoglio.

§ 73.° L' usufrutto è *legale* e *convenzionale*. Il primo detto anche *compensativo*, è quello che la legge riconosce in favore dei genitori per compensarli delle cure per la educazione dei figli ed amministrazione delle loro sostanze. Il secondo si ha quando il proprietario della cosa trasmette il godimento in altri, sia a titolo gratuito, come per donazioni tra vivi o testamento, sia a titolo oneroso, come per vendita, cessione in solutum, transazione, ec. (art. 478).

§ 74.° La costituzione dell' usufrutto importando uno smembramento della proprietà e l'alienazione di una parte del dominio, ne viene per conseguenza che chi vuole stabilirlo debba essere padrone della cosa ed avere la capacità di disporne liberamente. Quindi la donna maritata non può costituirlo su' proprii beni stabili senza l' autorizzazione maritale o giudiziaria; il minore o l'interdetto senza il permesso del tribunale e nei casi di necessità o di evidente utilità. Dippiù chi ac-

(1) L. 1 Dig. de usufr.

quista l'usufrutto dev'essere capace di obbligarsi, altrimenti il contratto almeno per rispetto a lui è risolubile (art. 1107).

§ 75.° L'usufrutto seguendo tutte le regole del diritto comune concernenti la libera disposizione dei beni può essere costituito puramente e semplicemente, a termine, o sotto condizione (art. 478). Nel primo caso il godimento comincia immantinenti presso l'usufruttuario; nel secondo caso può avvenire in due modi, cioè *ex die* da dovere incominciare al termine di un dato tempo, come ad esempio dopo il decorrimento di un anno, e *ad diem* per cessare ad una determinata epoca per esempio dopo dieci, venti o trenta anni di godimento, ovvero per tutta la vita dell' usufruttuario o finchè giunga alla età maggiore. Nel terzo caso la condizione può essere *sospensiva* o *risolutiva* secondo che l'usufrutto deve incominciare quando accade un avvenimento, o finire al verificarsi dello stesso.

§ 76.° L' usufrutto può costituirsi in favore di una sola persona ed anche a favore di più persone per goderne *simultaneamente*, essendo proibito l'usufrutto successivo (art. 901). A nostro avviso si ha l' usufrutto successivo quando si chiama prima al godimento una persona, ed a morte di costei un'altra. Egli è vero che altri credono che sia usufrutto successivo solo quando si chiamano al godimento più persone, di cui alcune sono viventi ed altre no. Ma siffatta opinione, tuttochè accolta da alcuni scrittori (1) e in alcune sentenze di tribunali, non è da seguirsi, poichè oltre alla parola della legge che vi si oppone, è nei voti della legge medesima di non rendere successivo il godimento dell'usufrutto per evitare che la proprietà resti per lunghissimi anni distaccata dall' utile possedimento della cosa che ne forma l'obbietto. Infatti se io dico: Lego a *Tizio* (uomo di anni venti) l'*usufrutto dei miei beni*, e dopo la sua morte al suo figlio Pietro (di anni due) dovrà attendersi la cessazione di una prima, e poi di una seconda lunghissima esistenza per consolidare l'usufrutto alla proprietà. Nè vale il dire che io poteva nominarli congiuntamente, poichè in tal caso dipenderà dal modo come sono uniti per vedere se vi è o no diritto di accrescere tra loro, e nel caso negativo si estinguerà la parte di usufrutto conceduto ad uno dei chiamati, e si avrà una consolidazione almeno parziale di quello con la proprietà. Ma noi ritorneremo sul proposito a luogo più opportuno.

Se più persone sono simultaneamente chiamate a godere l'usufrutto di una cosa, la ripartizione del godimento ha luogo secondo la convenzione, o l'atto costitutivo, e nel dubbio si presumono le porzioni uguali. Se ha luogo il diritto di accrescere la porzione di quello che muore spetta all'altro, fino a quando morendo l'ultimo godente si consolida con la proprietà.

§ 77.° L' usufrutto può costituirsi sopra ogni cosa che arreca una qualunque utilità sia mobile od immobile, sia su la piena proprietà,

(1(Pacifici Mazzoni Cod civ. Com. 342 e seg.

sia sul dominio utile o diritto di un fondo conceduto in enfiteusi, e rispetto ai mobili poco interessa se sieno semoventi, fungibili o non fungibili (art. 470 e 483). Egli è noto che i Romani su le cose fungibili non riconoscevano il vero, ma il quasi usufrutto. Se questo è costituito sopra mobili, il diritto e la relativa azione sono mobiliari, ed immobiliari se relativi l'uno e l'altra a cose immobili.

Solo non può stabilirsi sopra una servitù prediale presa separatamente dal fondo a vantaggio del quale trovasi stabilita, non essendo concepibile la sua esistenza separata e indipendente dal fondo.

SEZIONE II.

DEI DIRITTI DELL' USUFRUTTUARIO.

§ 78.° Dopo essersi definito l' usufrutto, e vedute le sue specie, i modi di costituzione, e la natura dei beni su'quali può essere costituito, è d'uopo esaminare i diritti e gli obblighi dell'usufruttuario; il che faremo in due particolari sezioni.

§ 79.° I diritti dell' usufruttuario si possono considerare: 1° relativamente alla estensione del suo godimento; 2° al modo e principio della percezione de' frutti; 3° rispetto ad alcune determinate specie di beni su' quali l'usufrutto trovasi costituito.

Sotto il primo rapporto egli ha diritto di godere ogni frutto naturale o civile che può produrre la cosa di cui ha l'usufrutto (art. 479). Epperò esso consiste nel pieno ed intero godimento di tutte le specie di frutti, di rendite, di comodità, e di usi che possono ricavarsi dalla cosa, come sono i frutti degli alberi, il taglio dei boschi cedui, le piante che possono ricavarsi da un vivaio, tutti i ricolti, il miele, le rendite di ogni capitale così mobile come immobile ed i parti degli animali.

Sotto il secondo rapporto i frutti naturali che al cominciare dell'usufrutto non sono ancora separati dalla cosa che li produce, appartengono all'usufruttuario. Quelli che non sono ancora separati quando l'usufrutto finisce appartengono al proprietario, senza compenso nell'uno e nell'altro caso dei lavori e delle sementi, ma senza pregiudizio della porzione dei frutti, che potesse spettare al mezzaiuolo che vi era al tempo in cui cominciò o finì l'usufrutto (art. 480). La ragione di siffatta disposizione si è che i frutti naturali facendo parte dell'immobile, spettano a colui che ne prende per qualsiesi ragione il possesso. Nondimeno questa regola è applicabile ai frutti che non sono ancora separati dalla cosa, poichè per quelli di altra specie, essendo stati già distaccati cessa la divisata ragione della legge. Del pari il proprietario del fondo dovendo riprenderlo alla cessazione dell' usufrutto, lo ripiglia con tutti i frutti pendenti o attaccati al suolo, senza compensazione nel primo e secondo caso delle spese pei lavori e per le sementi

impiegate per la semina. Per tal modo vengonsi ad evitare le controversie sul calcolo e determinazione delle indennità da darsi e da riceversi nel principio e fine dell'usufrutto.

Era giusto di rilevare il mezzaiuolo da ogni pregiudizio, poichè il suo diritto non poteva risentir detrimento dal distacco della proprietà del fondo che tiene per legittimo contratto dal suo godimento a favore di persona diversa dal precedente proprietario ; essa come erede o avente causa del suo autore non può sconoscerne il fatto e pregiudicare i diritti di coloro che hanno contrattato con lui.

In conseguenza delle cose espresse di sopra se l'usufruttuario prevedendo la cessazione dell'usufrutto si permettesse di far suo il ricolto prima della maturità , e fuori il tempo fissato dalla consuetudine locale, potrebbe rispondere coi danni interessi del pregiudizio che arreca al proprietario. Dicasi lo stesso se la raccolta fosse fatta immaturamente dal proprietario nel principio dell'usufrutto.

Le leggi romane non riconoscevano sul riguardo diversi principii; ma non compensavano le sementi ed altre spese, e quindi l'usufruttuario dovea conteggiarle col proprietario così nel principio come al termine dell' usufrutto. Inoltre tra i frutti naturali ed industriali si annoveravano i redditi dei fitti che l'usufruttuario avesse esatti dai fondi; ed in tal caso al cessare dell'usufrutto percepiva tanta parte di pensione per quanta corrispondeva ai frutti raccolti dal colono del fondo fittato (1). Se ne dava per ragione che l'usufruttuario non faceva suoi che quei frutti che raccoglieva : *Julianus ait fructuarii fructus tunc fieri cum eos perceperit* (2) ; epperò non dovea esservi differenza se egli stesso li avesse percepiti o per mezzo di altra persona, alla quale il fondo si era dato in locazione.

§ 80.° Al contrario dei naturali i frutti civili s' intendono acquistati giorno per giorno, ed appartengono all' usufruttuario in proporzione della durata dell'usufrutto (art. 481). In consegnenza di tale disposizione il possessore dell'usufrutto deve nella fine di ciascun giorno di godimento esigere la trecentesima sessantacinquesima parte dei frutti civili dell' anno che corre. Egli è però necessario che il giorno sia completo, non potendo trasmettere al suo erede la rendita dell'ultimo giorno di sua vita, poichè la legge non conta ad ore ma a giorno: *Divortio facto fructus dividi ait* (*Scaevola*) *non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis quo mulier in matrimonio fuit* (3). Siccome i fitti e le pigioni dei fondi rustici appartengono alla classe dei frutti civili (art. 444) così ha luogo la stessa regola. Nulla rileva se il prezzo dell'affitto fosse stato in tutto o in parte anticipato, poichè la regola rimane la stessa, e quegli che ha riscosso con anticipazione le somme ne deve tener conto.

§ 81.° L'usufrutto di una rendita vitalizia attribuisce all' usufrut-

(1) L, 58. Dig. de usufr.
(2) L. 13, eod. tit,
(3) L. 7 Dig. de solut. matrim.

tuario il diritto di riscuotere le pensioni che si maturano di giorno in giorno durante il suo usufrutto. Egli deve sempre restituire il dippiù che avesse anticipatamente riscosso (art. 482). La rendita in generale è l'annua prestazione in danaro o derrate mediante la cessione di un immobile od il pagamento di un capitale che il cedente si obbliga di non più ripetere; e dicesi vitalizia quando è costituita su la vita di una o più persone (art. 1778 e 1792). Colui che si costituisce il vitalizio, rare volte concedendolo in usufrutto, la regola della legge sul riguardo manca di una seria importanza pratica. Nondimeno se il godente il vitalizio avesse ricevuto pensioni anticipate, vi sarebbe luogo a restituzione a favore di colui che le paga; e se si fosse data ad altri in usufrutto l'usufruttuario non ha ragione di riscuotere le pensioni arretrate senza un espresso patto in contrario; poichè altrimenti si lederebbe il principio che i frutti civili si acquistano giorno per giorno; epperò dal dì del suo godimento comincia a riscuoterle per conto proprio, e deve restituire quelle esatte con anticipazione a colui che ha ceduto il diritto alla percezione del vitalizio.

Le stesse regole della rendita vitalizia sono applicabili all'usufrutto che fosse costituito sopra ogni altra rendita; ma la prima estinguendosi con la morte di colui su la di cui vita è stabilita, cessa *ipso facto* il godimento nella persona dell'usufruttuario; salvo il diritto per le pensioni già maturate.

Il legato dell' usufrutto di un credito non ancora pagato dal debitore senza restrizione di tempo, dura per tutta la vita dell'usufruttuario, essendo affatto indifferente se il credito si paghi all' usufruttuario dal debitore del credito o dal proprietario dello stesso.

§ 82.° Se l'usufrutto comprende cose delle quali non si possa far uso senza consumarle, come danaro, grani, liquori, l'usufruttuario ha diritto di servirsene, con l'obbligo di pagarne il valore al termine dell'usufrutto secondo la stima che ne fosse stata fatta al cominciamento di esso. Ove tale stima non sia stata fatta, egli avrà la scelta o di restituire le cose in eguale quantità e qualità, o di pagarne il prezzo corrente al tempo della cessazione dell'usufrutto (art. 483). Abbiamo già detto che il diritto romano con molta proprietà di linguaggio chiamava *quasi usufrutto* quello che aveva luogo su cose che si consumano con l'uso, poichè la loro sostanza si viene a perdere con l'usarle. La legge regolando con molta saggezza gl'interessi reciproci del proprietario e dell'usufruttuario, dispone che costui ne diviene padrone e ne possa disporre sotto l'obbligo di restituire la cosa nella stessa qualità e quantità, e nello stesso valore. Nondimeno se ne fosse fatta stima nell'inventario, essa equivalendo ad una vera vendita, l'usufruttuario sarebbe considerato come acquirente e tenuto a pagare il prezzo definito nell'inventario, tuttochè maggiore della realtà; quindi cessa la facoltà dell'usufruttuario di pagare altrimenti il prezzo delle cose fungibili ricevute in usufrutto.

§ 83.° Se l' usufrutto trovasi costituito sopra cose consuntibili,

cioè che senza consumarsi in un tratto, si deteriorano a poco a poco con l'uso, come la biancheria e la mobilia, l'usufruttuario ha diritto di servirsene per l'uso a cui sono destinate, e non è obbligato a restituirle al cessare dell'usufrutto, se non nello stato in cui si trovano, con l'obbligo di tenere indenne il proprietario se per dolo o colpa si sono deteriorate (art. 484). L'usufruttuario dee quindi servirsi delle cose anzidette da buon padre di famiglia, nè addirle ad uso diverso, poichè ciò importerebbe sicuro degradamento delle stesse, da renderlo responsabile dei danni interessi. La legge romana non è difforme sul riguardo: *Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur: dicendum est ita frui eum debere ne abutatur* (1). *Proinde et si scaenicae vestis ususfructus legetur vel aulaei, vel alterius apparatus, alibi quam in scaena, non utetur* (2). Quanto al diritto di cedere in altri per tempo determinato o dar in affitto le cose consuntibili, noi avvisiamo per l'affermativama col debito riguardo alla specialità della cosa, poichè se in generale l'usufruttuario può cedere e trasferire in altri il suo diritto (art. 472), nondimeno se le cose consuntibili si vedono lasciate per considerazioni tutte speciali ad una determinata persona, si ravvisa un vero *uso* sotto il nome di usufrutto che non permette di trasferire in altri l'esercizio dello stesso diritto (art. 528). La quistione è quindi più di fatto che di dritto, e resta affidata la sua decisione al prudente arbitrio del magistrato secondo la diversa natura della cosa della quale si tratta.

§ 84.° I boschi sono di due specie taluni diconsi cedui, perchè soggetti a tagli in epoche designate; gli altri diconsi di alto fusto. Dei primi i tagli periodici costituiscono il frutto del bosco; dei secondi le frasche, le ghiande, gli alberi necessari a talune riparazioni, il pascolo degli animali, ec.

§ 85.° Se l'usufrutto comprende boschi cedui, l'usufruttuario è tenuto ad osservare l'ordine e la quantità de' tagli, giusta la distribuzione dei medesimi o la pratica costante dei proprietari; ma non ha diritto a compenso pei tagli non eseguiti, nè per le piante riservate affinchè crescano, nè per quelle di alto fusto che non fossero state tagliate durante l'usufrutto (art. 485). I boschi sono considerati dalla legge talvolta come frutti, e talvolta come proprietà. Per essere considerati frutti occorre che sieno *cedui*: Sylva *cedua*, secondo Gaio, *est ut quidam putant quae in hoc habetur, ut caederetur. Servius eam esse quae succisa, rursus ex stirpibus aut radicibus renascitur* (3). Secondo l'avviso adunque del giureconsulto Gaio dee guardarsi la destinazione del padre di famiglia, e secondo Servio alla rinascenza della ceppa o delle radici. In pratica si segue più generalmente l'avviso di Gaio.

(1) L. 15 § 4 Dig. de usufr. et quemadm.
(2) Dict. l. § 5,
(3) L. 30 Dig. de verb. sign.

Il godimento che l' usufruttuario può fare dei boschi cedui è subordinato o alla distribuzione dei tagli, ovvero alla pratica costante dei proprietarii; e quindi la distribuzione regola l' ordine dei tagli, la quantità di alberi che devono essere abbattuti, la loro età e le piante da riservarsi. La distribuzione da doversi attendere si è quella vigente nel giorno in cui l' usufrutto comincia, purchè non riesca contraria alle regole di buona amministrazione, poichè in tal caso non è permesso eseguire un taglio che importa la distruzione del bosco, e viola quella sostanza che l' usufruttuario deve rimanere salva. Se poi al cominciare dell' usufrutto la distribuzione non sia ancora completa, l'usufruttuario deve osservare nella parte di bosco ancora intatta la distribuzione fatta in quella già tagliata, imperocchè del bosco deve godersi secondo la intenzione del proprietario, e l' intenzione manifestata con la distribuzione già cominciata deve presumersi continuata (1).

§ 86.° In mancanza di una distribuzione regolare e ben determinata, l' usufruttuario deve seguire nel suo godimento la pratica costante dei precedenti proprietarii. Codesta pratica dev' essere costante e non varia, ed in mancanza di essa bisogna attenersi a quella dei proprietarii dei boschi vicini. Nel difetto poi di quella degli uni e degli altri, devono seguirsi le disposizioni della legge forestale (2).

L' usufruttuario non può anticipare le raccolte, secondo quello che abbiamo detto precedentemente, nè può fare tagli anticipati; salvo che l' usufrutto non sia a termine certo, e questo spira senza alcun dubbio dopo l' epoca in cui l' usufruttuario avrebbe avuto il diritto di eseguire il suo taglio. Se poi l' usufruttuario avrebbe avuto il diritto di eseguire il taglio, e non l' ha eseguito, non può farlo dopo, e non può ricevere alcuno indennizzo; salvo il caso di forza maggiore che ha impedito di continuare un taglio già iniziato, o quello di un impedimento cagionato da colui che trae profitto dal taglio non eseguito, giacchè a niuno è lecito trarre profitto dalla propria colpa o malizia.

§ 87.° Dopo aver trattato dei boschi cedui occorre esaminare le regole per quelli di alto fusto. Rispetto a siffatti boschi l'usufruttuario osservando sempre le epoche e la pratica dei precedenti proprietarii, approfitta anche delle parti di bosco di alto fusto che sono state distribuite in tagli regolari, si facciano questi periodicamente sopra una certa quantità di terreno o sopra una determinata quantità di alberi presi indistintamente in tutta la superficie del fondo (art. 486): *Sed si grandes arbores sint*, dice Paolo, *non posse fructuarius eos cedere*. Ma secondo la dottrina degli scrittori l'usufruttuario può tagliare e far suoi quegli alberi che rigorosamente dovrebbero comprendersi fra quelli di alto fusto, come i pini, i faggi, gli abeti, i cipressi spettanti a selve che ordinariamente si considerano di alto fu-

(1) Aubrey. e Rau. 431.
(2) In queste nostre provincie è tuttavia in vigore la legge del 21 agosto 1826.

sto e parte del fondo. Il diritto italiano, a assimiglianza del codice francese, conformemente alla esposta dottrina, distingue i boschi di alto fusto distribuiti in tagli regolari da quelli che non lo sono; e considera soltanto i primi come frutti, e non i secondi che considera come parte della proprietà. Quindi se il bosco è distribuito in tagli regolari, questi costituiscono un frutto naturale che il bosco produce, il quale spetta perciò all'usufruttuario. Ma perchè il bosco dicasi distribuito in tagli regolari bisogna attenersi alla pratica dei precedenti proprietarii, ed è indifferente che la distribuzione in tagli regolari sia fatta sopra una certa quantità di terreno o sopra un numero determinato di alberi, poichè l'usufruttuario ne profitta così nell'un caso come nell'altro.

§ 88.° I boschi di alto fusto non distribuiti in tagli regolari sono quelli che non deperiscono se non nel corso di molti secoli, e che per natura e volontà del padre di famiglia non sono destinati in tagli ordinari e periodici, ed i cui alberi sorgono a notabile altezza, come sono le querce, i pini, i platani; e gli stessi arboscelli destinati a divenire alberi di alto fusto sono equiparati agli alberi vecchi per ciò che riguarda i diritti dell'usufruttuario. Infatti costui non può mica prevalersi degli alberi di alto fusto che costituiscono la proprietà del bosco, anzichè i frutti. Ma questa regola è soggetta ad alcune eccezioni. In primo luogo l'usufruttuario può servirsi degli alberi sparsi per la campagna, i quali per consuetudine locale sono destinati ad essere periodicamente tagliati (art. 487). In secondo luogo l'usufruttuario può adoperare gli alberi di alto fusto svelti o spezzati per accidenti per le riparazioni che sono a suo carico (art. 448). La legge romana non disponeva diversamente: *In locum demortuarum arborum aliae substituendae sunt: et priores ad fructuarium pertinent* (1). *Arboribus evulsis vel vi ventorum deiectis, usque ad usum suum, et villae posse usufructuarium ferre. Labeo ait quam sententiam puto veram; alioquin, et si totus ager sit, hunc casum passus omnes arbores auferret fructuarius* (2).

§ 89.° Oltre l'uso degli alberi nei casi anzidetti, può l'usufruttuario servirsi delle frasche, di quello che risulta dalla potatura, e di tutti i prodotti annuali e periodici, come le noci, le ulive, i pomi, le ghiande, le foglie dei gelsi e degli olmi, oltre al diritto di fare pascolare gli animali propri, o dare in affitto il bosco in tutto od in parte, essendo il pascolo un vantaggio ordinario dei boschi e delle selve.

§ 90.° Gli alberi fruttiferi che periscono e quelli che sono svelti o spezzati per accidente, appartengono all'usufruttuario con l'obbligo di surrogarne altri (art. 490). Codesti alberi essendo destinati a produrre i frutti è giusto che quando periscono vengano attribuiti per intero all'usufruttuario in compenso della perdita dei frutti e della spe-

(1) L. 18 Dig. de usufr.
(2) L. 12 Dig. cod. tit.

sa che dee sostenere per surrogare i nuovi. Siffatta regola non può applicarsi agli alberi che nascono spontaneamente nei boschi pei quali devono restar salve le regole designate negli articoli 485 a 487.

§ 91.° I piantoni di un semenzaio formano parte dell' usufrutto con l'obbligo all'usufruttuario di osservare gli usi locali, tanto circa il tempo e modo dell'estrazione, quanto per la rimessa dei virgulti (art. 491). I piantoni si considerano come frutti, e perciò appartengono all' usufruttuario; quindi egli può servirsene per fare le piantagioni, sia nel fondo dell' usufrutto, sia in altri che possiede a qualunque titolo, e può anche venderli ad altri. Ma ha l'obbligo di rimettervi i semi ed i virgulti, onde il semenzaio non perisca a danno del proprietario.

§ 92.° Dal principio che l' usufruttuario gode come lo stesso proprietario ne deriva che egli può cedere per qualsivoglia titolo oneroso o gratuito l' esercizio del suo diritto (art. 492). Lo stesso principio riconosceva il diritto romano: *Ususfructuarius vel ipse frui ea re, vel aliis fruendum concedere, vel vendere potest. Nam et qui locat utitur. Sed si alio precario concedat, vel donat, puto eum uti atque ideo retineri usumfructum* (1). *Cui ususfructus legatus est, etiam invito haerede eum extraneo vendere potest* (2). La legge francese parlava di vendita del diritto di usufrutto. Il nostro legislatore, conformemente ai codici sardi, parmensi e napolitani, con maggiore proprietà riconosce la cessione dell'*esercizio* del diritto di usufrutto. Ed in vero se nell'usufrutto la vita del primitivo usufruttuario è quella che deesi riguardare per determinare la causa più comune di estinzione; se le date cauzioni del precedente usufruttuario non vengono meno nel caso di alienazione totale o parziale; se i rapporti col primo proprietario non sono alterati per altri effetti di legge, non poteva usare la legge, checchè altri credono in contrario, la parola di vendita di un diritto che va regolata su la persona del primo godente, e non distacca giammai il novello subietto dell'usufrutto da quello anteriore.

In conseguenza della cessione dell'esercizio del diritto di usufrutto, il cessionario può ipotecare e sottomettere a qualunque altro peso l'usufrutto, non diversamente di quello che avrebbe potuto fare l'usufruttuario primitivo, ma la cessione non deve pregiudicare il diritto del proprietario, e quindi se il cessionario abusasse del godimento, si potrebbero chiedere contro di lui gli stessi provvedimenti che la legge sancisce per l'usufruttuario primitivo; ma non potrebbero chiedersi contro costui i danni interessi pel solo fatto di aver ceduto ad altri l'esercizio del suo diritto, poichè egli in ciò fare si è avvaluto di una facoltà che la legge riconosce in suo favore.

La cessione dell' esercizio del diritto di usufrutto dev' essere fatta per atto pubblico o scrittura privata, qualunque sia il valore della cosa, e dev'essere inoltre trascritta, se relativa a cosa immobile, per avere efficacia contro i terzi (art. 1314 n.° 2, 1932 n.° 2 e 1942).

(1) L. 12 De usufr. et quem.
(2) L, 67 De eod.

§ 93.° Secondo la nota regola *soluto iure dantis solvitur etiam ius accipientis* dopo cessato l'usufrutto dovrebbero finire le locazioni fatte dall'usufruttuario, eccetto per l'anno in corso. Nondimeno si è derogato a questa regola per rispetto alle locazioni, e si è stabilito che la vendita del fondo dato in affitto non iscioglie il contratto di locazione (art. 1597), essendo interesse dell'agricoltura che il godimento dell'affittuario abbia la maggiore stabilità, e possa durare per tutto il tempo stabilito nel contratto. Lo stesso motivo ha determinato il legislatore a stabilire che le locazioni fatte dall'usufruttuario non restano sciolte allo estinguersi dell'usufrutto. Ma non doveva perdersi di vista che il diritto dell'usufruttuario essendo limitato al solo godimento, non già alla disposizione della cosa; che una lunga locazione per antica e nuova dottrina avvicinandosi più alla vendita, si è apportato dalla legge il naturale limite alla facoltà dell'affitto da parte dell'usufruttuario.

Secondo il diritto anteriore le locazioni potevano prolungarsi fino al novennio, e si dava ragione di ciò che gli affitti fino a tale durata dovevano considerarsi come atti di amministrazione. Ma con molta sagezza fu osservato al tempo della compilazione del codice italiano, che questa asserzione, oltre di non avere fondamento che in una arbitraria definizione della legge, dimostra la eccedenza di quella facoltà concessa con quel novennio all'usufruttuario, il quale non si può a patto veruno considerare come amministratore per conto del proprietario dei beni che usufruisce. Egli ha diritto di sfruttarli e goderli durante l'usufrutto e nulla più, e ciò è tanto vero che la legge non faculta punto l'usufruttuario di rappresentare in giudizio il proprietario; e se durante l'usufrutto un terzo offende le ragioni del medesimo, egli è tenuto di fargliene denuncia, onde provvedere direttamente alla propria difesa. Si considerava inoltre che la facoltà nell'usufruttuario di procedere agli affitti fino a nove anni, era tanto più esorbitante in quanto che venia applicata non solo all'usufrutto, il cui termine è incerto ed indeterminato perchè dipende dalla durata della vita dell'usufruttuario o da altra eventuale circostanza, ma ben anche al caso in cui l'usufrutto a termine dell'atto costitutivo di esso, deve cessare ad epoca certa e determinata, nel qual caso, si disse, non si comprende in verità per qual ragione l'usufruttuario nel fare le locazioni non debba e non possa regolarne la durata su quella dell'usufrutto. Da ultimo, rifletteva la commissione senatoria, che la disposizione che concedeva la facoltà dell'affitto per nove anni era causa di frequenti frodi a danno del proprietario; avvegnachè l'usufruttuario poteva sempre far locazioni a modico prezzo, esigendo e percependo segretamente all'atto della locazione una somma in compenso della modicità del prezzo della locazione per tutta la sua durata, la quale modicità del prezzo cadeva poi a danno del proprietario pel tempo per cui ancora continuava la locazione dopo la cessazione dell'usufrutto: frode questa tanto più difficile a provarsi quanto è più facile a praticarsi (1).

(1) Relazione senatoria.

§ 94.° Come conseguenza logica di siffatto ragionamento il senato proponeva di far cessare l'affitto delle locazioni fatte dall'usufruttuario nell' anno stesso in cui cessa l' usufrutto; salvo a tenersi conto delle abitudini per le locazioni biennali e triennali; ma al seguito di ulteriori discussioni la legge venne redatta nel senso di una riduzione del novennio a soli cinque anni con le seguenti distinzioni.

Le locazioni fatte dall' usufruttuario per un tempo eccedente i cinque anni non sono durevoli nel caso di cessazione dell' usufrutto, se non per il quinquennio che si trova in corso al tempo in cui cessa l' usufrutto, computando il primo quinquennio dal giorno in cui ebbe principio la locazione, e gli altri successivi dal giorno della scadenza del precedente quinquennio.

Le locazioni per un quinquennio e per minor tempo, che l'usufruttuario ha pattuite o rinnovate più di un anno prima della loro esecuzione, se i beni sono rustici, e più di sei mesi prima, se trattasi di case, non hanno veruno effetto, quando la loro esecuzione non abbia cominciato prima che cessasse l'usufrutto. Se l'usufrutto deve cessare a tempo certo e determinato, le locazioni fatte dall' usufruttuario non dureranno in ogni caso se non per l'anno, e trattandosi di fondi dei quali il principale raccolto sia biennale o triennale, per il biennio o triennio che si trova in corso al tempo in cui cessa l'usufrutto (art. 493). In conseguenza della presente disposizione l' usufruttuario può dare in affitto i fondi per quel tempo che vuole, salva la disposizione dell'articolo 1571, la quale non consente l'affitto dei fondi rustici oltre il trentennio, e degli urbani oltre a tutta la vita dell'inquilino e per due anni dopo. Ma la validità di un tale affitto restando ferma tra l'usufruttuario e il locatario, deve tra costui ed il proprietario sottostare ai limiti e condizioni dell' art. 493. È poi inutile di avvertire che siffatti limiti e restrizioni essendo stabiliti nell' interesse del proprietario, non potrebbero aver più luogo se egli avesse prestato il suo consenso alla locazione o rinunciato espressamente o tacitamente al suo diritto.

§ 95.° Il diritto di risoluzione dell' affitto, essendo stabilito nell' interesse del proprietario, non può essere esercitato dall' usufruttuario. Esso compete al nuovo proprietario sia lo stesso che ha conceduto il fondo in usufrutto, sia il suo successore universale o particolare, eccetto il caso in cui il proprietario sia divenuto l' erede dell' usufruttuario per la nota regola: *Quem de evictione tenet actio*, *eundem repellit exceptio;* e perchè egli succedendo in tutti i diritti e ragioni del suo autore, non può disconoscere il fatto di lui.

§ 96.° Finalmente il conduttore e l' inquilino non possono eccepire la ignoranza su la qualità di usufruttuario per impedire la risoluzione della locazione, stante la nota regola che chi contratta non dee ignorare la condizione di colui col quale contratta ; salva l' azione per l' *id quod interest* contro l' usufruttuario che ha taciuto maliziosamente la sua qualità.

§ 97.° Dallo stesso principio che l' usufruttuario deve godere come il padrone, risulta che può avvalersi dei diritti di servitù inerenti al fondo di cui ha l'usufrutto, e generalmente di tutti quelli di cui potrebbe godere il proprietario. Gode pure delle miniere, e delle cave che sono aperte ed in esercizio al tempo in cui comincia l'usufrutto (art. 494). La regola non era diversa secondo il diritto romano, comunque espressa solo a riguardo dell' alluvione: *Alluviones quoque usumfructum ad fructuarium pertinere placuit* (1). L'usufruttuario non ha diritto su le miniere, cave o torbiere non ancora aperte, nè sul tesoro che si scoprisse durante l'usufrutto, salve le ragioni che gli potessero competere come ritrovatore (det. art. 494). Rigorosamente parlando le cave e le miniere non sono frutti, perchè non sono prodotti che nascono dalla cosa; ma il legislatore per analogia le considera come tali, purchè sieno aperte ed in esercizio; ma per quelle non ancora aperte considerandosi come una proprietà distinta, non può profittarne l'usufruttuario.

Quanto al tesoro esso non può considerarsi come frutto perchè non è un prodotto della terra, ma solo nella stessa depositato. Le leggi romane non provvedevano diversamente: *Si thesaurus fuerit inventus in usumfructum non computabitur* (2). Nondimeno se l' usufruttuario fosse il ritrovatore del tesoro, avrebbe per questo solo titolo il diritto alla metà delle cose rinvenute.

§ 98.° Passando la legge ad esaminare i dritti dell' usufruttuario o dei suoi eredi al cessare dell'usufrutto, stabilisce che essi non possono chiedere infine dell'usufrutto alcuna indennità pei miglioramenti che avessero fatti, ancorchè fosse aumentato il valore della cosa. La ragione di ciò si è che l'usufruttuario con le maggiori utilità che ritrae dalla medesima si è rifatto delle spese erogate per migliorarla.

Al contrario secondo il diritto romano all' usufruttuario competeva talvolta indennità pei miglioramenti: *Eum ad quem ususfructus pertinet sarcta recta suis sumptibus praestare debere explorati iuris est. Proinde si quid ultra quam impendi debeat erogatum possis docere, solemniter reposces* (3). Nondimeno secondo il nostro diritto il valore dei miglioramenti si compensa coi deterioramenti che fossero seguiti senza grave colpa dell'usufruttuario, essendo contro l'equità che l'usufruttuario avesse dovuto soggiacere alle indennità per qualche guasto alla proprietà, senza ricevere un compenso pei miglioramenti fatti alla medesima (art. 495). Questa regola è comune ad ogni usufrutto sia legale sia convenzionale, poichè niuna distinzione esiste nella legge.

S' intendono per miglioramenti tutte le opere che senza modificare la sostanza della cosa e senza essere richiesti dalla necessità della sua conservazione, la rendono più utile e produttiva; quindi non potrebbero dirsi tali le riparazioni straordinarie, nè le nuove opere, le ag-

(1) L. 9 Dig. de usuf.
(2) L. 7 Dig. de solut. matrim.
(3) L. 7 Cod. de usuf.

giunzioni di fabbrica, poichè le prime sono regolate dall'art. 501 e seg., e le altre appellansi propriamente *addizioni*, su le quali il novello diritto italiano ha fissato una regola speciale.

§ 99.° Per queste aggiunzioni, nulla statuendo le leggi anteriori, si considerava l'usufruttuario come qualunque possessore di mala fede che avesse fatto piantagioni e fabbriche nell'altrui fondo; e quindi doveva toglierle a sue spese, insieme ai danni interessi, se il proprietario non credeva ritenerle e pagare il prezzo delle spese e della mano d'opera. Invece pel nuovo diritto, quando non vi è luogo a compenso pei deterioramenti fatti dall'usufruttuario, può questi ripigliare le fatte addizioni, ove possano togliersi con qualche suo profitto e senza danno della proprietà, salvo che il proprietario preferisca di ritenerele rimborsando all'usufruttuario una somma corrispondente al prezzo che questi ne potrebbe ritrarre staccandole dal fondo (art. 495). La disposizione non trova riscontro nel codice francese e nel napolitano del 1819, ed è tratta dall'articolo 511 del codice sardo. Riconosciuto nell' usufruttuario il diritto di ritogliere le aggiunzioni era giusto estimarne il valore nel modo anzidetto. Se l'usufruttuario nel praticare le addizioni non ignorava di farle nel fondo altrui, è giusto che non possa pretendere dal proprietario che le ritiene più di quanto egli ne ritrarrebbe staccandole dal fondo.

§ 100.° S'intendono per addizioni, secondo alcuni scrittori, gli oggetti mobili che si sono uniti al fondo sottoposto ad usufrutto, sia per uso, ornamento e compimento, e che se fossero stati annessi dal proprietario sarebbero divenuti immobili per destinazione, non già quelli che sono divenuti immobili per loro natura mediante l'incorporazione, come le pietre, le porte, le tavole, le finestre, i soffitti e simili (1). Noi non crediamo alla giustezza di siffatta distinzione. Se abbiamo di sopra definito che cosa debba intendersi per miglioramenti, e tra le addizioni abbiamo espressamente enunciate le aggiunte di fabbriche, non sa comprendersi perchè l'usufruttuario, quando il proprietario non preferisca di ritenerle, non possa portar via le porte, le finestre e gli stessi materiali della fabbrica. Se poi si tratti di nuove fabbriche intere e di piantagioni novelle, la regola nell'interesse dell'usufruttuario è la stessa di quella stabilita contro il possessore di mala fede.

§ 101.° Finalmente la legge riconosce nell' usufruttuario il diritto di togliere gli specchi, i quadri, ed altri ornamenti che avesse fatto collocare nel fondo tenuto ad usufrutto, con l'obbligo però di rimettere ogni cosa nel primitivo stato (art. 495). Se invece si trattasse di pitture o sculture fatte nelle pareti, non potrebbero ritogliersi, poichè ne verrebbe certo degradamento alle medesime, e mostrerebbesi uno spirito più di distruzione che di revindica del proprio diritto, la quale non può trovar favore nella legge.

(1) Toullier, II, 315; Proudhon, n. 1444 e 1445; Demolombe, X, 646; Pacifici Mazzoni; Com. 457.

§ 102.° Circa gli obblighi del proprietario correlativi ai diritti dell' usufruttuario finora esaminati, la legge si limita a stabilire che esso non può nuocere in qualsivoglia modo ai diritti dell' usufruttuario (art.495). La legge romana non era dissimile sul riguardo: *Proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem, ne deteriorem eius conditionem faciat* (1). Dallo esposto principio risulta che il proprietario non possa distruggere alcuna cosa di quello che trovasi nel fondo sottoposto ad usufrutto, poichè altrimenti lederebbe il godimenta dell'usufruttuario; e che pel tempo in cui dura l'usufrutto non posso gravare il fondo di alcuna servitù, potendo ogni suggezione limitare il godimento. Ma la servitù pattuita avrà efficacia dal tempo stesso in cui finisce l'usufrutto. Al contrario può acquistare delle servitù, essendogli lecito di migliorare la condizione del proprio fondo; salvo all'usufruttuario il diritto di avvalersene durante il suo godimento. Finalmente non può il proprietario fare nel fondo alcuna costruzione senza il consenso dell' usufruttuario; ma, se il vuole, può fare eseguire le straordinarie riparazioni che la legge mette a suo carico, poichè gli è sempre lecito di provvedere alla conservazione della sua cosa.

SEZIONE IV.

DEGLI OBBLIGHI DELL' USUFRUTTUARIO.

§ 103.° La voce diritto essendo correlativa a quella di dovere, è giusto che noi dopo avere esaminato i diritti dell' usufruttuario, ci facciamo a trattare eziandio dei suoi doveri.

Le obbligazioni dell'usufruttuario vogliono risguardarsi: 1° relativamente all'entrata nel godimento; 2° ai pesi che la legge pone a suo carico; 3° alla restituzione dei beni soggetti all'usufrutto.

§ 104.° In principio generale l' usufruttuario prende le cose nello stato in cui si trovano; epperò è nell' obbligo di rispettare gli affitti già conchiusi, e ritraendo i prodotti ed ogni altro reddito colonico, rispettare le servitù imposte su' fondi e quanto altro il proprietario vi avesse stabilito. E nel fine di evitare future contestazioni, conoscere il valore e lo stato dei beni ed assicurarne la restituzione, l'usufruttuario non può immettersi nel possesso dei medesimi senza attendere a due obblighi, che sono quelli di fare l'inventario e dare cauzione.

L'inventario importa la esatta descrizione e valutazione dei mobili. Più dee farsi la descrizione dello stato degl'immobili soggetti all'usufrutto, cedendo le spese relative a carico dell' usufruttuario. Ove costui sia stato dispensato dal fare inventario, questo potrà essere richiesto dal proprietario a sue spese. L' inventario si fa alla presenza del proprietario o di chi lo rappresenta, o dopo averli legalmente citati

(1) L. 13 Dig. de usuf.

(art. 496). Le leggi romane sono uniformi nel prescrivere l'obbligo dell'inventario; ed il codice francese esigeva inoltre lo stato degl' immobili. Il nostro legislatore, a somiglianza delle leggi napolitane del 1819, lo richiede egualmente, ed esso è un' ottima cautela per tutti gl' interessati.

L' inadempimento dell' obbligo dell' inventario non produce la decadenza del diritto, nè rende illegittima la percezione dei frutti frattanto eseguita; ma espone l'usufruttuario a fare la contropruova delle cose ricevute contro le esagerate domande del nuovo proprietario fondate su la pubblica fama, e a dovere combattere la presunzione che abbia ricevuto in buono stato gl' immobili che invece erano deteriorati (1).

§ 105.° In secondo luogo l'usufruttuario dee dare cauzione di godere da buon padre di famiglia (art. 497), poichè ove diversamente avvenisse, rimarrebbe lesa la proprietà da parte di chi ne è stato investito.

Alla cauzione si porta dispensa nei seguenti casi:

1° Se fu esclusa nel titolo costitutivo dell' usufrutto, poichè se il proprietario poteva trasferire all' usufruttuario lo intero dominio della cosa, tanto più poteva dargli il solo usufrutto senza cauzione; ma ciò non toglie che se egli abusa del godimento, non possa essere privato del suo diritto.

2° A favore del padre e della madre che hanno l' usufrutto legale su' beni dei loro figli, poichè non si presume che trascurassero gl' interessi dei medesimi: *Paterna reverentia eum patrem excusante a cautionibus, quae ab usufructuariis extraneis esiguntur* (2). Ma se si trattasse di usufrutto diverso dal legale, come se un parente estraneo concedesse ai genitori l'usufrutto ed ai figli la proprietà, la cauzione dovrebbe darsi. È vero che ciò può sembrar molto duro; ma la eccezione della legge essendo limitata al solo usufrutto legale, non può estendersi a quello convenzionale.

3° Allorchè una cosa sia stata alienata o donata sotto riserva di usufrutto, poichè si reputa che il venditore o il donante non abbiano voluto imporsi tale condizione; salvo per rispetto al primo la convenzione contraria, la quale nulla avrebbe di lesivo all'ordine pubblico ed al buon costume, e dovrebbe osservarsi.

Malgrado la dispensa della cauzione si è deciso che se vi sono gravi sospetti di malversazioni, l'usufruttuario vi può essere obbligato anche nei casi enunciati, e ciò in forza della nota regola: *Melius est intacta iura servare, quam vulneratae causae remedium quaerere*. Ed è parimenti giusto che se il padre o la madre fossero notoriamente incapaci di amministrare, o disperdessero le sostanze dei figli, il tribunale può ordinare che dieno cauzione fin dal principio, specialmente ove si tratti di beni mobili di facile sottrazione (arg. art. 233).

(1) Proudhon n. 793; Demolombe X, 471.
(2) L. 8 § 4. Cod. de bonis, quae lib. VI, 61.

§ 106.° Se sono più gli usufruttuari, ciascuno deve prestare la cauzione per la sua parte; ma se un solo la prestasse per tutti, il proprietario non vi si potrebbe opporre, giacchè a lui poco interessa che abbia Tizio o Caio per suo mallevadore, quando in modo efficace vede cautelato il suo diritto.

La cauzione da parte dell' usufruttuario può darsi sia in beni stabili, sia con l' offrire la persona di un mallevadore solvibile. Questi dev' essere capace di obbligarsi, e la sua solvibilità si misura coi titoli che assicurano la proprietà dei suoi beni stabili. Si può inoltre la cauzione offrire col depositare una rendita sul gran libro, o negli altri modi permessi dalla legge (art. 329 e 330 cod. proc. civ.). La cauzione dovendo misurarsi secondo la possibile ragione dei danni, e non già sul valore dell'usufrutto intero, è da vedersi se sia costituito su gl'immobili o su' mobili. Nel primo caso la cauzione si misura sulla possibile deteriorazione che a quelli può arrecarsi, e nel secondo sul valore approssimativo dei mobili, tenendosi anche conto della durata dell' usufrutto, e del necessario consumo graduale dei medesimi.

§ 107.° Se l'usufruttuario non rinvenisse alcun mallevadore, potrebbe offrire per sicurtà un pegno od un' ipoteca. Anche secondo i Romani se l'usufruttuario non rinveniva cauzione fideiussaria, poteva essere ammesso alla giuratoria, alla pegnoratizia, e potevansi anche dare i beni in affitto o rimanerli nelle mani del proprietario, il quale passava le rendite all'usufruttuario.

§ 108.° Se l'usufruttuario non può dare qualsiesi cauzione sia reale, sia personale gl' immobili sono affittati e messi sotto amministrazione, salva la facoltà all'usufruttuario di farsi assegnare per la propria abitazione un casa compresa nell' usufrutto; i danari compresi nell' usufrutto sono collocati ad interesse; i titoli al portatore si convertono in carte nominali a favore del proprietario con l'annotazione dell'usufrutto: le derrate sono vendute, ed il loro prezzo è parimente collocato ad interesse. In questi casi appartengono all'usufruttuario gl' interessi dei capitali, le rendite ed i fitti (art. 498).

Non dandosi dall'usufruttuario la cauzione, il proprietario ha diritto di chiedere che i mobili, i quali si deteriorano con l'uso sieno venduti e ne sia impiegato il prezzo, come quello delle derrate; nel qual caso l'usufruttuario ha pure diritto agl' interessi.

L' usufruttuario può nondimeno domandare, e l' autorità giudiziaria ordinare, secondo le circostanze, che gli sia lasciata una parte dei mobili necessarii pel proprio uso con l'obbligo di restituirli in fine dell'usufrutto (art. 499).

§ 109.° La mancanza della cauzione non deve confondersi col ritardo nel prestarla, il quale può derivare dalla necessità di rinvenire un cauzionante solvibile. Era quindi giusto di stabilire che un tal ritardo non priva l'usufruttuario del diritto sui frutti, i quali gli sono dovuti dal momento in cui è cominciato l'usufrutto, ed ogni arretrato

deve essere rilasciato a suo favore, purchè a tempo utile siesi fatta l'analoga dimanda (art. 500).

§ 110.° Dopo che l' usufruttuario ha fatto procedere all' inventario e data la cauzione, egli entra nel possesso dei beni. Ora durante il godimento di questi vediamo quali obblighi deve adempiere pel buon uso e per la loro conservazione.

Siffatti obblighi sono le *riparazioni* che possono occorrere ai beni. Diconsi tali tutte le opere fatte ad una cosa deteriorata per prevenirne il deperimento o per rimetterla in istato di servire all' uso a cui è destinata. Le riparazioni sono di due specie *straordinarie* ed *ordinarie*. Appartengono alla prima specie quelle dei muri maestri e delle volte, la sostituzione di travi ed il rinnovamento intero o di una parte notabile dei tetti, dei solari, degli argini, degli acquedotti e dei muri di sostegno e di cinta. Appartengono alla seconda specie tutte le altre riparazioni (art. 505). Secondo i dottori queste ultime sono in qualche modo regolari e periodiche, che un proprietario intelligente può prevenire, e che hanno una durata limitata nel suo massimo alla vita dell' uomo. Al contrario le straordinarie hanno qualche cosa di accidentale, sono imprevedibili, hanno una durata maggiore della vita dell'uomo, la loro spesa eccede d'ordinario la rendita annua dei beni, e sono necessarie per la conservazione dei medesimi.

Diconsi muri maestri quei quattro che si elevano per tutta l'altezza dell'edificio, che lo cingono e lo sostengono, sieno essi di assoluta pertinenza o comuni, e s'innalzano dalle fondamenta o poggiano sopra archi, sieno questi sopra volta o sotto di essa.

Quanto alla natura delle riparazioni dei muri maestri non tutte sono da allogarsi tra le straordinarie; ma solo quelle che importano ricostruzione di una parte del muro, tuttochè minore dell' altra in istato regolare.

In ordine alla sostituzione delle travi si ha una riparazione straordinaria anche quando poche travi dovessero sostituirsi od anche due soltanto. Invece non dovrebbe dirsi straordinaria la riparazione, se appena un piccolo travicello di tenue valore dovesse sostituirsi. Se poi si tratta di tetti, di solari, di argini, di acquedotti, di mura di sostegno e di cinta, la legga richiede che sieno da rinnovare per intero o per una parte notabile, onde la riparazione possa allogarsi tra le estraordinarie.

Le riparazioni che sono una conseguenza immediata e necessaria di riparazioni ordinarie non eseguite, costituiscono altrettante riparazioni straordinarie; ma sono a carico di colui che non ha praticato le prime a tempo utile. Sono anche riparazioni ordinarie il ristabilimento dell' intonaco nei muri maestri, la copertura di quelle case coloniche usate a preferenza nelle provincie abbruzzesi che sogliono farsi con la creta e con la paglia, lo spurgo dei pozzi, e il vuotamento delle latrine, il ristabilimento delle porte e delle finestre, il rinnovamento di una parte minima dei solai, degli argini, dei muri di sostegno e di

cinta, la surrogazione degli alberi fruttiferi, la rimessa delle propagini perite in una vigna, la dipintura dei muri, o la mettitura dei parati di carta, ec.

§ 111.° Dopo essersi distinte le riparazioni in ordinarie e straordinarie, vediamo a spese di chi devono essere fatte. Le prime sono a carico dell'usufruttuario, essendo principio di giustizia che chi gode il fondo debba praticare quelle opere che sono richieste dalla manutenzione del fondo stesso. D'altronde il proprietario non godendo i frutti sarebbe stato oneroso di porre a suo carico le spese che sono una conseguenza necessaria del godimento (art. 501). Invece le straordinarie sono a carico del proprietario, sia perchè interessano direttamente la proprietà, sia perchè, attesa la loro spesa ingente, riuscirebbero di sommo nocumento all'usufruttuario, il quale godendo a tempo e non a perpetuità, la spesa potrebbe assorbire l'annua rendita in tutto o nella massima parte.

Nondimeno una tale regola va soggetta ad eccezioni: 1° quando le riparazioni sono cagionate dall'ineseguimento delle ordinarie, sendo esse in tal caso una conseguenza del fatto colposo dell'usufruttuario; 2° se vi abbia dato causa in altro modo, sia caricando oltre misura un pavimento, sia restando aperti condotti di acqua, o non chiudendoli a tempo, e ne fossero rimaste rotte e infracìdite tutte le travi o una parte delle stesse; 3° se il titolo di concessione gliene faccia un carico speciale, avvegnachè se il testatore o donante poteva dargli nulla, o poteva imporre al suo godimento ogni altra condizione onerosa non vietata dalla legge, non gli era impedito di porre la condizione di dovere eseguire egli le straordinarie riparazioni. Ma se la spesa di queste riparazioni gli sembrasse troppo grave, potrebbe sempre abbandonare il godimento, poichè niuno può essere obbligato ad accettare una disposizione che lungi di favorirlo, lo aggrava di pesi insostenibili.

§ 112.° L'usufruttuario può essere costretto dal proprietario ad eseguire, durante l'usufrutto, le riparazioni ordinarie ed anche le straordinarie che sono la conseguenza dell'ineseguimento delle prime; altrimenti resterebbe offeso il diritto del nudo proprietario, il quale dopo l'usufrutto troverebbe o interamente la cosa deperita, o in modo notevole deteriorata. Nondimeno il giudice nell'applicare questa regola deve respingere ogni esorbitanza da parte del proprietario, ed evitare che lo esercizio del suo diritto per questa parte diventi una molestia o vessazione contro l'usufruttuario. Egli può essere anche autorizzato a fare eseguire le dette riparazioni a danno e spese dell'usufruttuario, e nei nei casi gravi farlo privare del godimento.

§ 113.° Al contrario l'usufruttuario non può obbligare il nudo proproprietario a fare eseguire le riparazioni straordinarie che sono a suo carico, essendo ciò troppo oneroso. E d'altronde se la sostanza della cosa si altera, ciò avviene precisamente a suo danno. Il legislatore italiano ha per tal modo decisa la quistione che agitava gl'interpetri del diritto francese, poichè ha stabilito che se il *proprietario* vi *ac-*

consenta possono essere fatte coteste riparazioni (art. 502). È dunque rimessa alla sua volontà la esecuzione delle stesse, e niuno ha diritto di costringervelo, siccome per altro fu ritenuto dal diritto romano, e dalla giureprudenza patria e straniera, dovendo l'usufruttuario godere le cose nello stato in cui si trovano, senza pretendere riparazioni che ne rendono migliore e più utile il godimento.

§ 114.° Ma se l'usufruttuario non può costringere il proprietario ad eseguire le riparazioni straordinarie, può farle egli stesso a sue spese, e quando non voglia anticipare la somma acconsente però di sua volontà farle il proprietario (art. 502 e 503). In tali casi, se le riparazioni sono state fatte dall'usufruttuario ha diritto in fine dell'usufrutto di essere rimborsato del valore delle opere fatte, senza interessi, poichè questi sono rappresentati dalle maggiori utilità che offre la cosa riparata. Senonchè per aver luogo la restituzione del capitale è d'uopo che la utilità delle riparazioni sussista ancora nel tempo in cui finisce l'usufrutto; altrimenti il proprietario non può essere obbligato ad erogare una somma senza un conveniente corrispettivo. Se le riparazioni straordinarie ebbero la semplice durata del godimento, è giusto che paghi il tutto l'usufruttuario che solo ne ha tratto profitto. Nel secondo caso, se le riparazioni si sono fatte dal nudo proprietario, l'usufruttuario è in obbligo di corrispondere l'interesse della somma spesa dal proprietario durante l'usufrutto, e questi interessi valgono bene il prezzo delle maggiori utilità arrecate all'usufruttuario la mercè delle riparazioni straordinarie fatte volontariamente dal nudo proprietario. Del resto, se durante il godimento le opere di riparazioni si deteriorassero per vizio proprio o per caso fortuito, e salvo qualunque patto contrario, non dovrà l'usufruttuario continuare a corrispondere l'interesse, che è il corrispettivo di un godimento, il quale in tal caso non più sussiste.

§ 115.° Il proprietario che non sia obbligato a fare le riparazioni ordinarie e straordinarie per legge, è obbligato ad eseguire quelle che per espresso patto avesse promesso di eseguire. Ma in tal caso avvisiamo con altri scrittori che può liberarsi dall'eseguirle, abbandonando all'usufruttuario la nuda proprietà della cosa (arg. art. 643); eccetto il caso in cui abbia egli stesso dato causa alle riparazioni per proprio fatto.

§ 116.° Quanto alle speciali riparazioni che possono occorrere alle cose date in usufrutto, è stabilito in primo luogo che le disposizioni degli articoli 502 e 503 si applicano pure quando per vetustà o per caso fortuito rovini soltanto in parte l'edifizio che formava un accessorio necessario pel godimento del fondo soggetto ad usufrutto (art. 505). La legge assimilando la ruina parziale della cosa soggetta ad usufrutto alle riparazioni, segna la regola stessa. Ma se si tratti di rovina totale ed il proprietario avesse riedificato col consenso dell'usufruttuario, costui non potrebbe godere del novello edificio, poichè l'è

questa una proprietà affatto nuova; salvo soltanto gl' interessi del valore dell'area e dei materiali (art. 520).

§ 117.° Vi ha poi taluni carichi, i quali sono a peso dell'usufruttuario e taluni altri a carico del proprietario. Sono a peso del primo i carichi annuali del fondo, come i tributi, i canoni, ed altri pesi che secondo le consuetudini gravano i frutti (art. 506). Ogni imposizione essendo un tributo che lo Stato preleva su le rendite della proprietà, colui che le gode deve soddisfarla. La regola non era diversa nel diritto romano: *Usufructo relicta, si tributa eius rei praestentur, ea usumfructuarium praestare debere dubium non est* (1). Quindi la fondiaria , i censi che non sono semplici crediti, sieno o no garentiti da ipoteca, le decime ex-feudali, ed i centesimi addizionali, sono a carico dell'usufruttuario, senza alcun diritto di ripetizione verso il nudo proprietario. L'usufruttuario è tenuto a sopportare tutti gli altri pesi pubblici che sono a carico di ogni possessore, come le spese per lo spurgo delle cloache, per le riparazioni degli acquedotti, pel passaggio delle truppe, e per la manutenzione e riparazione delle strade vicinali.

§ 118.° Quanto ai carichi che sono imposti su la proprietà , durante l'usufrutto è tenuto il proprietario; ma l' usufruttuario gli deve corrispondere l'interesse su la somma pagata (art. 507); poichè altrimenti si dovrebbe vendere una parte di beni, e questa cesserebbe a favore del proprietario per la proprietà ed a favore dell'usufruttuario per la relativa parte di usufrutto. Se poi l' usufruttuario si offre egli al pagamento del carico , ha il diritto di essere rimborsato del capitale alla fine dell'usufrutto, senza interessi, i quali sono rappresentati dal godimento di quella parte che sarebbe stata distratta, così a suo danno, come a danno del proprietario pel pagamento del carico imposto su la proprietà.

Sarebbero carichi su la proprietà un'imposta di guerra, un prestito forzoso, una sopratassa per un'opera pubblica di speciale importanza, il rimborso per costruzioni e piantagioni, ed altre opere fatte da un terzo possessore, ec.

§ 119.° Dopo aver veduto a peso di chi la legge pone i carichi annuali o straordinari che gravano su' frutti e su la proprietà , passiamo ad esaminare gli obblighi dell' usufruttuario per rispetto ai debiti. All'uopo è necessario distinguere se si tratti di usufruttuario a titolo particolare ovvero universale. Nel caso di usufrutto di una o più cose particolari, i debiti pei quali il fondo trovasi ipotecato , come pure i censi e le rendite semplici, cioè quelli che non sono un peso reale, come i canoni e le prestazioni in natura, non sono a carico dell' usufruttuario ; e se costui fosse costretto al loro pagamento ha regresso contro il proprietario (art. 508). Se poi si è imposto il peso del debito col titolo stesso costitutivo dell'usufrutto, è chiaro che l'usufruttuario vi è tenuto direttamente, e non può esercitare alcun regresso contro il proprietario.

(1) L. 52. Dig. de usufr.

§ 120.° Nel caso di un usufrutto di un patrimonio intero o di una parte dello stesso, l'usufruttuario deve per intero o in proporzione della sua quota soggiacere al pagamento di tutte le annualità sì perpetue come vitalizie, e degl'interessi di tutti i debiti o legati di cui il patrimonio è gravato (art. 509). Sebbene l'usufruttuario di un patrimonio totale o parziale, non rappresenti l'*universum ius* del defunto, come avviene del pieno proprietario; pure il suo obbligo si è sempre quello di soffrire una diminuzione del suo godimento, onde non usufruisca di una proprietà superiore a quella che offre il patrimonio. Intanto i modi che la legge indica pel pagamento dei debiti sono tre: 1° Col pagamento del capitale fatto dall'usufruttuario con perdita degl'interessi, i quali sono rappresentati dal godimento maggiore della proprietà, la cui distrazione viene per tal modo evitata; 2° Col pagamento del capitale fatto dal proprietario col rimborso da parte dell'usufruttuario degl'interessi, i quali trovano il loro corrispettivo nella stessa maggiore proprietà, che altrimenti avrebbe dovuto distrarsi; 3° Con la vendita di una porzione di beni soggetti all'usufrutto sino alla concorrente qualità della somma dovuta, con perdita proporzionale di godimento a danno dell'usufruttuario e di proprietà a danno del nudo proprietario (art. 509). Nel caso di vendita è giusto di alienare prima i mobili e le partite di rendita, se vi esistano, ed in caso contrario procedere alla vendita degl'immobili fino alla concorrente quantità dei debiti.

§ 121.° L'usufruttuario è tenuto a sopportare le spese delle liti riguardanti l'usufrutto e le condanne a cui le stesse liti potessero dar luogo. Se le liti riguardano tanto la proprietà quanto l'usufrutto, vi saranno tenuti il proprietario e l'usufruttuario in proporzione del rispettivo interesse (art. 510). Il codice francese considerava il solo caso delle liti che potessero insorgere circa l'usufrutto, e trascurava l'altro assai ovvio di quelle che simultaneamente riflettono il godimento ed il dominio. Il novello codice, conformemente alle leggi napolitane del 1819, ha riempiuto un tal vuoto. Se quindi sorge disputa su la nuda proprietà fra più persone, e non s'impugna il mio diritto come usufruttuario, a nulla sono io tenuto, qualunque sia l'esito della lite. Ma se questa riflette il solo usufrutto, come ad esempio se spetta a me solo od anche ad altre persone congiuntamente, se è a termine o sotto condizione, o si tratti di azione da me innoltrata di danni arrecati sul ricolto, le spese sono tutte a mio carico in caso di soccumbenza. Se poi la lite riflette insiememente l'usufrutto e la proprietà, le spese saranno pagate in proporzione del rispettivo interesse. Ma qual'è la regola che sarà osservata nel determinarsi tale contributo. Ordinariamente l'usufrutto si calcola per la metà della proprietà, e quindi il proprietario dovrebbe concorrere per due parti e per una l'usufruttuario. Ma è sempre necessario che i giudici tengono presente la durata dell'usufrutto e la vita dell'usufruttuario, per disporre un contributo più conforme al fatto ed allo spirito della legge. Circa il pagamento delle spese delle liti, è parere di scrittori accreditati, e

noi non abbiamo ragioni per esprimere un contrario avviso, che anche in tal caso se il proprietario ricusi l'anticipazione, e questa si fa dall'usufruttuario, bisogna restituirgli il capitale dopo l'usufrutto senza interessi; e se nè l'uno nè l'altro vuole anticipare la somma, si vende una parte del fondo per soddisfare il debito delle spese.

§ 122.° L'usufruttuario essendo nell'obbligo di vegliare alla conservazione del fondo, è tenuto a denunciare al proprietario qualunque usurpazione che un terzo possa commettere su lo stesso, ed in contrario è risponsabile di tutti i danni che ne fossero derivati al proprietario (art. 511). Egli è chiaro che si deve trattare di usurpazione, cioè di una turbativa di dritto che offende ad una col godimento le ragioni del dominio per aver luogo siffatta denunzia, come se alcuno pretende esercitare una servitù od imporla, alterare il confine, occupare parte di terreno, fare innovazioni nocive alla proprietà. Che se si trattasse di turbative di solo fatto, come se alcuno derubasse i prodotti, arrecasse danni al ricolto, introducesse animali a pascolare senza prendere a diritto di servitù di pascolo, l'usufruttuario deve allontanarle da se, e non ha alcun diritto od obbligo di farne avvertito il proprietario. Se poi il fondo fosse dato in affitto l'obbligo della denuncia sarebbe prima a carico dell'affittuario, il quale dovrebbe notificarla all'usufruttuario, e dopo sarebbe obbligato costui a ripeterla al proprietario. In ogni modo se manca il fittuario, sarà salva l'azione dell'usufruttuario contro il suo locatario; ma l'azione del proprietario non avvertito è sempre contro l'usufruttuario, poichè la scelta da parte di costui di un locatario negligente, lo rende sempre risponsabile verso il proprietario.

La denuncia per ogni cautela dev'essere fatta in forma legale, cioè per atto di usciere, poichè eseguita in via amichevole, sarebbe difficile provarsi in caso di controversia.

§ 123.° Fra gli ultimi obblighi dell'usufruttuario la legge tratta di quelli che incumbono allo stesso nel caso di usufrutto sopra taluni animali, e stabilisce che se l'usufrutto è stabilito sopra un animale, il quale perisca senza colpa dell'usufruttuario, questi non è tenuto a restituirne un altro, nè a pagarne il prezzo, essendo distrutta la cosa su cui l'usufrutto era stabilito, e la perdita dee risentirsi così dal proprietario come dall'usufruttuario (art. 512). Questi non è obbligato nemmeno a restituire la pelle a cagione del suo piccolo valore: *Caro et corium mortis pecoris in fructu non est, quia mortuo eo ususfructus extinguitur* (1). La prova della morte dell'animale senza colpa dell'usufruttuario è a di lui carico per la nota regola *ei incumbit onus probandi qui dicit*.

§ 124.° Al contrario se il gregge non perisce interamente, l'usufruttuario è tenuto a surrogare i capi degli animali periti con quelli che nascono, fino alla concorrente quantità dei nati dopo che la man-

(1) L. pen. Dig. quib, mod. ususfr. vel usus amitt.

dra o il gregge cominciò ad essere mancante del numero primitivo (art. 513). In tal caso sussistendo l'usufrutto, era giusto doversi riparare le perdite da parte dell' usufruttuario, non altrimenti che avrebbe fatto il proprietario ed ogni saggio padre di famiglia, poichè è nell' indole del gregge di perpetuarsi col rimpiazzo che fa di se stesso: *Plane si gregis, vel armenti sit ususfructus legatus, debebit ex agnatis supplere gregem: idest in capitum defunctorum* (1).

Se poi il gregge perisce interamente l' usufrutto rimane estinto, poichè manca la cosa su cui è costituito; ma l' usufruttuario deve rendere conto delle pelli o del loro valore, poichè esse offrono in commercio una utilità, ed è giusto che ne profitti il proprietario per ristoro della perdita sofferta (art. 513). È inutile l' osservare che la perdita dello intero gregge dee essere avvenuta per caso fortuito, poichè se sia effetto di colpa dell' usufruttuario, dee egli soltanto risentirne le conseguenze.

Finalmente se si tratta di animali che formano la dote del fondo soggetto ad usufrutto, si applicano le norme dell' articolo 483 (art. 524); e quindi gli obblighi che gravano per l' usufruttuario in riguardo a siffatti animali sono gli stessi che gl' incumbono relativamente alle cose che si consumano con l' uso, cioè che egli è tenuto a pagarne il valore secondo la stima fatta al tempo del cominciamento dell' usufrutto; e nel caso che niuna stima esiste, l' usufruttuario deve a sua scelta o restituire altrettanti animali della stessa specie e qualità, o pagarne il prezzo corrente al tempo della cessazione dell' usufrutto.

SEZIONE V.

DEI MODI CON CUI FINISCE L' USUFRUTTO.

§ 125.° A compiere la teorica dell' usufrutto, non rimane che annoverare i casi di sua estinzione. L' usufrutto si estingue nei seguenti modi: 1.° con la morte dell' usufruttuario; 2.° con lo spirare del termine convenuto; 3.° con la consolidazione; 4.° pel non uso di anni trenta, cioè la prescrizione estintiva; 5.° per la perdita totale della cosa; 6.° per la durata di anni trenta, se è a favore di un corpo morale; 7.° per lo abuso da parte dell' usufruttuario; 8.° per la rinuncia fatta dallo stesso; 9.° per la risoluzione del diritto di colui che l' ha costituito (art. 515).

§ 126.° Esclusa oggidì la morte civile e la interdizione perpetua del condannato alla pena a vita, non resta che la sola morte naturale, in qualunque modo avvenuta, che possa originare la perdita dell' usufrutto, essendo questo un diritto personale che non passa agli eredi. La regola non era diversa nel diritto romano. E se il primi

(1) L. 68 Dig. de usufr.

tivo usufruttuario vendeva, cedeva o concedeva gratuitamente ad altri il godimento, la morte del cessionario o acquirente non produceva la estinzione dell'usufrutto, poichè dovea attendersi a quella soltanto del primitivo usufruttuario (1). Se poi ad un figlio di famiglia si fosse lasciato un usufrutto in contemplazione del padre, non si estingueva che alla morte naturale e civile di costui. Al contrario finiva con la morte naturale e civile del figlio, se a di lui contemplazione e non del padre erasi lasciato (2). E qualora non poteva conoscersi a favore di chi era stato rimasto, alla morte dell'uno passava nel godimento dell'altro (3).

Se l'usufrutto fosse stato costituito in favore di più persone *congiuntamente*, non si estinguerebbe che con la morte dell'ultimo. Ma se fosse lasciato a più persone per la rispettiva parte e porzione, si estinguerebbe con la morte di ciascuno per la sola parte che gli apparteneva.

§ 127.° In secondo luogo l'usufrutto si estingue con lo spirare del tempo per cui fu stabilito. Se si è concesso per la durata di cinque, dieci, quindici, venti o trenta anni, l'usufrutto cessa allo spirare del tempo stabilito. Al modo stesso l'usufrutto conceduto sino a che una terza persona sia pervenuta ad una determinata età, dura sino a tal tempo, ancorchè quella persona sia morta prima dell'età stabilita (art. 517); e ciò perchè la legge ritiene codesto usufrutto a termine e non già sotto condizione. In conseguenza di che esso si estinguerà sia con la morte naturale di colui a cui favore è stabilito, sia col sopraggiungere del tempo dell'età della persona terza, malgrado che questa fosse già estinta. La intenzione del costituente si fu che l'usufrutto avesse la durata di un certo numero di anni: *Neque enim ad vitam hominis respexit sed ad certa curricula* (4). Ma se muore l'usufruttuario prima della persona terza, l'usufrutto è sempre estinto poichè esso deve cessare con la morte di colui che lo gode, e non si trasferisce agli eredi.

Secondo il diritto romano si estingueva del pari l'usufrutto con l'elasso del tempo per cui trovavasi costituito (5); epperò se lo stesso erasi concesso fino ad un certo giorno, sino a che non si fosse verificata una condizione, qualora l'usufruttuario moriva prima dell'arrivo del giorno nel quale dovea verificarsi la condizione, l'usufrutto finiva, poichè essendo inerente alla sua persona, non passava agli eredi (6).

§ 128.° La consolidazione, ossia la riunione nella stessa persona della qualità di proprietario ed usufruttuario, abbiamo detto essere la terza causa di cessazione dell'usufrutto (art. 515); se quindi il nudo proprietario comprasse l'usufrutto, ovvero ottenesse la rinuncia dello

(1) L. 8 Dig. de peric. et comm. rei. vend.
(2) L. ult. Dig. de mort. caus. donat.
(3) L. ult. Cod. de usufr.
(4) L. 12 Cod. de usufr. et habitat.
(5) L. 15. Dig. quib. mod. ususfr, vel usus amittil.
(6) L. 2. Cod. eod. tit.

stesso dall'usufruttuario, o costui acquistasse il diritto su la nuda proprietà, si sarebbe operata la consolidazione; poichè nell'un caso e nell'altro il dritto di godere si è riunito a quello di disporre, e l'usufruttuario o il nudo proprietario è divenuto tale della piena proprietà.

Nel dritto romano l'usufrutto finiva anche con la consolidazione, ma per rispetto a questa esso si distingueva in *causale* e *formale* (1). Il primo dicevasi causale perchè aveva per causa il dominio; l'altro dicevasi formale perchè essendo una servitù personale consisteva nel diritto di godere la cosa altrui (2). L'usufrutto formale non avendo per causa la cosa propria (*quia res propria mihi non servit*) ed essendo costituito su la cosa altrui, si riuniva alla proprietà per la consolidazione, cioè quando le qualità delle due persone si vengono a confondere. Al contrario l'usufrutto causale non si estingueva con la consolidazione stessa. Le specie di usufrutto causale erano in passato i godimenti a titolo di fedecommesso, di maggiorati, di legati pii, di cappellanie ecclesiastiche e laicali, nelle quali istituzioni si dava il possesso unito alla proprietà, ma questa vincolata dall'obbligo di conservarsi e restituirsi ai novelli chiamati. Anche gli antichi dissero causale in tali casi l'usufrutto: *Quoniam ipso cum proprietate coniuncto fit solida, et integra proprietas, quae solida et integra non erat* (3). Questo usufrutto non si estingueva con la consolidazione, poichè esso cominciava appunto con l'acquisto della proprietà, ed era considerato come parte del dominio; epperò si allontanava dalla regola generale contenuta nella definizione di essere un diritto su la cosa altrui, cioè di servirsi e godere della stessa.

§ 129.° L'usufrutto in quarto luogo si estingue col non usarne per lo spazio di trenta anni, cioè con la prescrizione estintiva, la quale si ha con la mancanza di possesso, o con lo abbandono del possesso tenuto per lo innanzi per anni trenta consecutivi. Egli è utile osservare che la prescrizione estintiva dell'usufrutto è impedita e sospesa da tutte le cause, le quali per legge impediscono o sospendono il corso della prescrizione (art. 2120); come pure può essere interrotta così naturalmente che civilmente (art. 2123). Siffatta prescrizione è comune ad ogni specie di beni, e dura trenta anni; ma se un terzo avesse acquistata la cosa mobile od immobile soggetta all'usufrutto, l'usufruttuario non potrebbe rivolgersi dopo i due anni contro il terzo detentore della cosa mobile perduta o sottratta, e dopo dieci contro il possessore dello stabile (art. 707, 2146 e 2137).

Il non uso dev'essere continuo e non interrotto; altrimenti i trent'anni decorrono dall'ultimo tempo in cui cessò l'uso della cosa da parte dell'usufruttuario. Se il non uso fu parziale, la perdita non può ritenersi che per la stessa parte della quale non si fece uso, essendo l'usufrutto un diritto capace di divisione.

(1) Inst. de usufr.
(2) L. 1 Dig. de servit.
(3) Donell. Comm.

§ 130.° In quinto luogo l'usufrutto si estingue con la perdita totale della cosa, non potendovi esistere alcun diritto sopra quello che non più esiste. Se si tratta di più cose, di cui l'una sia accessoria dell'altra, la distruzione della principale estingue l'usufrutto su l'accessoria; ma non viceversa, poichè il principale può stare senza l'accessorio. Se perisce il cavallo bardato, finisce l'usufrutto anche su la bardatura; ma se questa è distrutta, non cessa l'usufrutto su l'animale. Se poi una parte soltanto della cosa perisce, l'usufrutto si conserva sopra ciò che rimane (art. 517): *Si cui insulae ususfructus legatus est; quamdiu, quaelibet portio eius insulae remanet, totius soli usumfructum retinet* (1). È inutile di qui osservare che la perdita sia totale sia parziale delle cose, dee essersi avvenuta per caso fortuito o per forza maggiore o per fatto non imputabile all'usufruttuario, ma ad una persona terza insolvibile; altrimenti sarebbe obbligato l'usufruttuario a tutte le conseguenze della perdita totale o parziale per sua colpa avvenuta.

Ove poi la cosa non fosse perita, ma cangiata nella sua sostanza, come se un fondo venisse espropriato per causa di pubblica utilità, l'usufrutto si trasporta su la indennità, il di cui capitale viene impiegato a comune vantaggio dell'usufruttuario e del proprietario (2).

Se l'usufrutto è stabilito sopra un podere, del quale faccia parte un edifizio, e questo venga in qualsivoglia modo a perire, l'usufruttuario avrà diritto di godere dell'area e dei materiali (art. 520). La regola non era diversa nel diritto romano: *Fundi usufructo legato, si villa diruta sit, ususfructus non extinguetur, quia villa fundi accesio est, non magis quam si arbores deciderint. Sed et eo quoque solo in quo fuit villa uti frui potero* (3). Intanto se il proprietario volesse in tal caso riedificare, non potrebbe liberarsi dalle conseguenze dell'articolo 503, poichè perdurando la sostanza della cosa, e l'edificio essendone un contenuto, deve l'usufruttuario godere dell'area e dei materiali per diritto di accessione, nè il propretario può obbligarlo, senza suo espresso consenso di riceversi gl'interessi sul valore dell'area e dei materiali. Al contrario se l'usufrutto è stabilito sopra un edificio isolato, il quale perisce per una delle cause anzidette, ove il proprietario intenda di costruire un altro edifizio, avrà il diritto di occupare l'area e valersi dei materiali, pagando all'usufruttuario durante l'usufrutto, gl'interessi sul valore dell'area e dei materiali (art. 520). Il diritto anteriore negava siffatti interessi all'usufruttuario per una severa applicazione della regola che distrutta la sostanza della cosa, niun diritto permette esperimentarsi dall'usufruttuario sul suolo e su' materiali, che reputansi come cose accessorie. Senonchè, giusta il diritto romano, l'area si considerava come cosa del pari

(1) L. 53. Dig. de usufr.
(2) Art. 52. leg. di esprop. per causa di pubb. utilità del 25 giugno 1865.
(3) L. 8. e 9. Dig. quib. mod. ususfr. vel usus amitt.

principale: *In substantia bonorum etiam area est* (1), ma l'usufrutto cessava del pari nel caso anzidetto. Noi non sappiamo disapprovare la novella legge, che volendo attenuare la sventura della perdita del godimento dello intero edificio, non nega all'usufruttuario il tenue indennizzo dell'interesse sul valore dell'area e dei materiali.

§ 131.° In sesto luogo l'usufrutto si estingue con la durata di anni trenta, se è costituito a favore di un corpo morale sia per atti tra vivi, sia di ultima volontà (art. 518). Egli era giusto fissare il tempo dell'estinzione in tal caso; altrimenti il corpo morale non estinguendosi mai nella generalità dei casi, l'usufrutto non si sarebbe mai riunito alla proprietà con grave iattura degl'interessi pubblici e privati. Nel diritto romano l'usufrutto accordato ai corpi morali, alle città, ai collegi, alle chiese, e simili, durava cento anni (2); e ciò perchè anticamente si fissava a cento anni il corso ordinario della vita dell'uomo, e lo stesso termine si assegnava ai corpi morali: *Placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est* (3), purchè però codesti corpi morali non cessassero prima di tale epoca, nel quale caso finiva contemporaneamente l'usufrutto; ma se veniano ripristinati, l'usufrutto riviveva (4).

Egli è utile osservare che la durata di anni trenta non può essere oltrepassata; altrimenti l'usufrutto non sarebbe mai riunito alla proprietà. La maggior durata degli anni trenta è una di quelle leggi di ordine pubblico, che non può essere derogata da particolari convenzioni. Se per poco si ammettesse la facoltà di superare un tale termine, quale sarebbe il limite maggiore? Del resto se i codici parmense ed albertino permisero di fissare un tempo maggiore di trenta anni, questa facoltà essendo stata tolta col novello codice italiano, non può essere aggiunta per via di interpretazione contraria alla parola ed allo spirito della legge (5).

§ 132.° In settimo luogo, l'usufrutto si estingue per l'abuso che fa l'usufruttuario del suo godimento. Evvi abuso allorchè si fanno tali degradazioni che alterano la sostanza della cosa, come se si recidessero alberi di valore senza alcun diritto, o si riducesse un podere arbustato ad un semplice terreno per semina; come pure evvi abuso quando si lascia il tutto in abbandono e non si fanno le riparazioni ordinarie, e poi le straordinarie divenute necessarie per la mancanza di eseguimento delle prime, sia infine alienando i beni su' quali si ha un semplice usufrutto (art. 516). In ogni modo la pena della perdita del godimento essendo grave, bisogna che del pari fatti gravi determinassero il giudice a pronunziarla.

(1) L. fin. Dig. de usufr.
(2) L. 56. Dig. de usufr.
(3) L. 56. Dig. de usu et usufr. leg.
(4) L. 21, Dig. quib. mod. usufr. vel usus amitt.
(5) Vedi nel nostro senso Marcadè, art. 617, W, Boileux; art. 619, Demolombe. X. 244 e 245; Genty n. 265; Pacifici Mazzoni, Com. pag. 600. Sono della contraria idea Proudhon, Duranton, Zaccaria ed Arcieri.

Nei casi anzidetti l'autorità giudiziaria potrà, secondo le circostanze, ordinare che l'usufruttuario dia cauzione ove ne fosse esente, o che i beni sieno affittati, o posti sotto amministrazione a spese di lui, o dati anche in possesso al proprietario con obbligo di pagare annualmente all'usufruttuario ed agli aventi causa da lui una somma determinata durante l'usufrutto (art. 516).

I creditori dell'usufruttuario possono intervenire nel giudizio per conservare le loro ragioni, offrire il risarcimento dei danni, e dare cauzione per l'avvenire (art. 516). Siffatta disposizione è una conseguenza del principio che accorda ai creditori il diritto di esercitare le ragioni e le azioni dei creditori, eccetto quelle esclusivamente personali (art. 1234). I creditori dell'usufruttuario avendo un grande interesse a che il loro debitore conservi quel godimento sul quale possono esperimentare le loro ragioni di credito, sono facultati ad intervenire in giudizio, per offrire il risarcimento dei danni e dare cauzione per l'avvenire. Nondimeno i giudici, malgrado l'intervento dei creditori e le offerte riparazioni, possono secondo le circostanze pronunciare o lo scioglimento dell'usufrutto, o la immissione del proprietario nel possesso dei beni, sotto la condizione di pagare annualmente all'usufruttuario od ai suoi creditori le porzioni di rendita spettanti al primo. Siffatta disposizione è assoluta, e può essere anche applicata nel caso dell'usufrutto legale in pro dei genitori.

§ 133.° L'ottavo modo col quale l'usufrutto si estingue si è la rinuncia dell'usufruttuario. Codesta rinuncia per essere operativa di effetti giuridici dev'essere formale, cioè espressa, non potendo presumersi la tacita rinuncia ai proprii diritti, se non trascorre tutto il tempo per la prescrizione estintiva. Inoltre la rinuncia dev'essere reale e fatta in buona fede. Sarebbe affatto inutile quella che avesse lo scopo fraudolento di defraudare i diritti dei propri creditori, poichè costoro possono farla dichiarare nulla (art. 1235). Se quindi un marito oberato di debiti rinuncia all'usufrutto legale dei beni dotali della moglie, od un padre di famiglia nella stessa condizione rinuncii all'usufrutto legale che la legge gli accorda sui beni dei figli, siffatte rinuncie possono essere annullate per opera dei creditori, malgrado che la moglie e i figli che ne vengono a profittare non abbiano contribuito alla frode: *Necessario praetor hoc edictum proposuit: quo edicto consulit creditoribus, revocando ea quaecumque in fraudem creditorum alienata sunt* (1). Ma se la rinuncia fosse a titolo oneroso e legalmente trascritta, bisognerebbe provare la frode anche da parte di coloro a di cui favore è stata fatta mercè un corrispettivo qualunque (art. 1233).

Per la validità della rinuncia non è necessaria l'accettazione da parte del proprietario, poichè l'usufruttuario può farla all'insaputa e contro il volere del proprietario; ma crediamo che l'usufruttuario potesse

(1) L. 1 Dig. de his quae in fraud. credit.

ritirarla fino a quando non sia stata accettata (arg. art. 950). In ogni modo essa non può avere efficacia rispetto ai terzi, se relativa a cose immobili, se non dall'epoca della trascrizione (art. 1932 n.° 3).

§ 134.° L'usufrutto in ultimo luogo cessa con la risoluzione del diritto del concedente: *Resoluto iure dantis resolvitur etiam ius accipientis*. In conseguenza di che se alcuno abbia comprato un fondo e costituito sopra di esso un usufrutto o l'abbia ricevuto in donazione, e il fondo comprato o donato si revindica da un terzo che dimostra di esserne il vero padrone, si risolve l'usufrutto che il compratore o donatario aveva imposto su quel fondo; salvo nel primo caso l'azione di garentia contro colui che ha dato in usufrutto la cosa ad altri appartenente. Dicasi lo stesso se il fondo venga espropriato per debiti anteriori alla costituzione dell'usufrutto.

Ristrette oggidì le interdizioni a carico dei condannati alle maggiori pene, non è da parlare più di risoluzione dell' usufrutto per tal causa, poichè il condannato messo in istato di interdetto legale, i suoi beni, e tra questi anche quelli sui quali gode il semplice usufrutto, sono amministrati dal curatore, il quale dopo la espiazione della pena o dopo la grazia sovrana gli darà il conto della tenuta amministrazione.

SEZIONE VI.

DELL' USO E DELL' ABITAZIONE.

§ 135.° L'uso può definirsi il diritto di percepire su la cosa altrui i frutti necessarii per sovvenire ai propri bisogni ed a quelli della famiglia. Dicasi lo stesso dell' abitazione, la quale non è in sostanza che l'uso di una casa (art. 522). Nella famiglia si comprendono anche i figli nati dopo che cominciò il diritto di uso o di abitazione, quantunque al tempo in cui cominciò la persona che ne gode non avesse contratto matrimonio (art. 523). Nella famiglia se di regola devono escludersi i figli naturali poichè estranei alla stessa; nondimeno vi si devono comprendere se già coabitavano col padre usuario od abitante della casa, dovendosi presumere il tacito consenso da parte di chi l'uso costituiva. Per la stessa ragione devono comprendervisi il padre e la madre dell'usuario che convivono con lui. Vi sono anche compresi i domestici, e tanto più il precettore e la istitutrice che convivono con la persona dell' usuario e dell' abitante. Al contrario non vi sono comprese le dette persone se vivevano separatamente; come pure gli altri ascendenti, i figli ammogliati, le figlie maritate ed i nipoti quantunque coabitanti con l' usuario o con l' abitante.

§ 136.° L' usuario raccoglie egli stesso i frutti del fondo; ma se questo fosse molto spazioso gli viene assegnata una parte di esso che corrisponde ai suoi bisogni (art. 521). In conseguenza di che l' usuario ha il diritto di conseguire il possesso del fondo avuto in uso, e

goderne non diversamente dell' usufruttuario; ed all' uopo la legge usa la voce *raccogliere*, non quella di *esigere* adoperata dal codice francese, la quale dette luogo alla quistione per la quale taluni scrittori pretendevano che l' usuario dovesse ricevere i frutti dal proprietario. Ma se la legge obbligava l' usuario alla cauzione appunto per far fronte ai danni che poteva commettere sul fondo, era indubitata la concessione del possesso da parte dello stesso.

§ 137.° Il diritto di abitazione si allarga o si restringe secondo il numero dei componenti la famiglia dell' abitante, e si regola secondo la posizione sociale del medesimo (art. 524). Il colono o l'uomo di vita modesta, avrà la casa colonica, o delle stanze decenti in città, ma l' uomo agiato o ricco avrà nei siti dove è stato solito per lo innanzi di abitare un appartamento proporzionato alla sua agiatezza e condizione.

§ 138.° I diritti di uso e di abitazione si costituiscono solo in virtù di un titolo qualunque, sia con atti tra vivi, sia di ultima volontà; ma non può riconoscersi l' uso legale come nell' usufrutto. Siffatti diritti sono una specie di usufrutto limitato alle esigenze dell'usuario, e quindi si perdono nello stesso modo onde l' usufrutto si estingue (art. 529).

§ 139.° Il diritto di uso o di abitazione non si può esercitare se prima non si è data cauzione per garentire la esatta manutenzione e restituzione della cosa. Ma può il magistrato dispensarne l' usuario, ed essa resta anche esclusa a favore del venditore o donante con riserva di usufrutto, dovendo le regole di questo estendersi anche all' uso per quanto sono applicabili. Più dee formarsi l' inventario dei mobili e la descrizione dello stato degl' immobili (art. 525).

§ 140.° Per la stessa affinità dei diritti di uso e di abitazione, l' usuario deve godere da buon padre di famiglia, ed evitare tutto ciò che arreca nocumento ai fondi dei quali è in possesso: *Debet omne quod diligens pater familias in sua domo facit, et ipse facere* (1).

§ 141.° I diritti di uso e di abitazione non si possono cedere nè affittare (art. 528). Secondo il diritto romano, mentre non si permetteva di cedere o locare il diritto di uso, consentivasi di dare in affitto l' abitazione (1). Siffatta disposizione segue un' altra differenza tra l' uso e l' usufrutto. Siccome l' usufruttuario ha diritto alla universalità dei frutti, poco interessa se li raccolga egli stesso o li faccia raccogliere da altri; e non gli è impedita la facoltà di vendere o cedere il suo diritto. Ma l' uso, essendo regolato sui bisogni o convenienze personali dell' usuario, perderebbe il suo carattere affatto individuale se fosse ad altri trasmesso. D' altronde l' uso o l' abitazione hanno nella generalità dei casi lo scopo di provvedere alcuno degli alimenti od assicurargli un umile tetto, e non era giusto nè giuridico permettere la trasmissione di siffatti diritti nel modo ordinario, men-

(1) L. 65. Dig. de usufr.

tre la legge dichiara insequestrabili gli assegni a titolo di alimenti, eccetto che per crediti alimentari (art. 592 proc. civ.). Ma se per patto espresso si fosse permessa la vendita, o sotto il nome di uso e di abitazione si comprendesse l'usufrutto di possessioni non limitate, o di edifici interi, la cessione volontaria e forzosa del diritto non sarebbe da disputarsi, poichè in tali casi essendo lecito di sottoporre a pegno od ipoteca la cosa trasferita a titolo di un uso col permesso di vendere, o di un usufrutto mascherato sotto il nome di uso, sarebbe anche lecita la subastazione in mancanza di pagamento.

Se poi l'usuario con penosi risparmi mette da parte porzione dei frutti e ne forma un capitale a se, l'è questo trasferibile siccome ad ogni altro diritto alienabile.

§ 142.° Quanto agli obblighi dell'usuario e dell'abitante la legge prescrive che se chi ha l'uso di un fondo, ne raccoglie tutti i frutti, o se chi ha il diritto di abitazione, occupa tutta la casa, soggiace alle spese di coltura, alle riparazioni ordinarie ed al pagamento dei tributi come l'usufruttuario. Se non raccoglie che una parte dei frutti o non occupa che una parte della casa, contribuisce in proporzione di ciò che gode (art. 527). La regola non era diversa nel diritto antico: *Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in sarctis tectis, tam haeredis, quam usuarii. Videamus tamen ne, si fructum haeres accipiat, ipse reficere debeat. Si vero talis sit res, cuius usus legatus est, ut haeres fructus percipere non possit, legatarius reficere cogendus est. Quae distinctio rationem habet* (1). Se l'erede gode di tutti i frutti del fondo, è giusto che paghi tutti i pesi ad esso relativi, poichè in sostanza egli gode di un vero usufrutto. Se poi ne raccoglie una parte è del pari regolare che paghi in proporzione del suo godimento; salvo se ne fosse stato dispensato nel titolo costitutivo.

§ 143.° I diritti di uso e di abitazione perdendosi nella stessa maniera onde si estingue l'usufrutto, è inutile di qui ripeter le cose precedentemente dette sul riguardo (art. 529).

§ 144.° L'uso dei boschi e delle foreste è regolato da leggi particolari (art. 530). Appo di noi la legge tuttavia in vigore relativamente ai boschi ed alle foreste è quella del 21 agosto 1826.

CAPO II.

Delle servitù prediali.

§ 145.° La servitù prediale giusta la definizione della stessa legge consiste nel peso imposto sopra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario (art. 531). Abolite le servitù di persona a persona, nelle quali era offesa la dignità dell'uomo e manomessi i principii di libertà ed uguaglianza civile, si sono an-

(1) L. 18 Dig. de usu et habit.

che abrogate le servitù che rendevano i fondi soggiogati ad altri fondi. Sono rimaste soltanto le servitù prediali per la necessaria reciprocanza di taluni servizi che pongono i fondi facilmente in commercio, fanno acquistare ai medesimi novelli valori, e li rendono meglio adatti ad una più estesa e facile coltivazione.

§ 146.° Sono caratteri generali della servitù: 1° di essere perpetua, e quindi non cessa con la morte del proprietario o dei suoi eredi immediati; 2° che costi di un diritto indivisibile; 3° che il proprietario del fondo serviente sia nell'obbligo di soffrire l'esercizio della servitù per parte del padrone del fondo dominante, onde i Romani dicevano con molta esattezza che *servitus consistit in patiendo, non autem agendo;* 4° che tutti i beni immobili che sono in commercio vi sono soggetti, sia che appartengano ai privati, sia alle corporazioni pubbliche, come le chiese, i comuni, lo Stato; 5° che essendo inerenti alla cosa si estinguono con la distruzione della stessa, o con l'abbandono volontario che fa il proprietario di questa; e ciò perchè è la cosa che serve e non la persona.

Non si confonda in conseguenza la servitù prediale con le obbligazioni personali di permettere ad un dato individuo o famiglia di passeggiare in un giardino altrui, cuocere il pane in un forno, od asciugare i panni sur un lastrico, poichè siffatte obbligazioni, nulla avendo di contrario alla legge, devono osservarsi da chi vi si è obbligato, ed in contrario lo fanno soggiacere ai danni interessi. Ma estinta la persona o la famiglia a cui favore è stipulata la obbligazione, cessa ogni efficacia della stessa.

§ 147.° Le servitù prediali sono *legali* e *convenzionali*. Le prime diconsi così perchè è la stessa legge che le riconosce; le seconde sono la conseguenza del patto dell'uomo (art. 532). Siffatta distinzione è molto più esatta di quella del diritto anteriore, che riconosceva una terza specie di servitù, cioè le *naturali* o quelle che *derivano dalla situazione dei luoghi*, e che in sostanza appartengono alla prima specie, perchè servitù del pari riconosciute dalla legge. Il nostro diritto non riconosce le servitù giudiziali, già ammesse dal diritto romano, poichè presso di noi il magistrato non ha diritto d'imporne, e qualora il fondo non si possa comodamente dividere, si vende al pubblico incanto. Solo i periti in siffatti giudizi, allorchè non è possibile la divisione senza stabilire quelle servitù inevitabili pel comodo partaggio dei beni, ne formano l'oggetto di speciale determinazione.

§ 148.° Le servitù si distinguono in *urbane* e *rustiche*. Le prime si denominano tali tanto se le fabbriche alle quali appartengono sieno situate in città che in campagna; le seconde sono quelle relative ai terreni: *Urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea quae sunt in oppidis, sed etsi forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis, sed si praetoria voluptati tantum deservientia: quia urbanum praedium non locus facit, sed materia* (1).

(1) L. 198 Dig. de verb. signif.

§ 149.° Le servitù sono inoltre *continue* e *discontinue*. Le prime sono quelle il cui esercizio è o può essere continuo, senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo: tali sono gli acquedotti, le servitù della presa d'acqua per mezzo di canale o di altra opera visibile e permanente, gli stillicidii, i prospetti per mezzo di finestre, balconi, loggie o lastrici, ed altre simili; le seconde sono quelle che richiedono un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate: tali sono quelle di passaggio, di attingere acqua, di condurre le bestie al pascolo, e simili (art. 617 e 619). Siffatta distinzione è interessante pel modo di acquisto diverso; giacchè le continue ed apparenti possono acquistarsi in virtù di titolo, o di possesso o con la determinazione del padre di famiglia; mentre le discontinue non possono stabilirsi mediante il possesso, e quindi non possono provarsi col mezzo dei testimoni; eccetto se si trattasse di una servitù discontinua costituita presso di noi prima del 1809. In conseguenza delle cose dette non potrebbe esercitarsi l'azione possessoria in fatto di servitù discontinua sul fondamento dell'esercizio della stessa per un anno, senza esibire il titolo primordiale, o un documento proveniente dal proprietario del fondo servente che contenga la ricognizione della servitù (art. 634).

La servitù per potersi dire continua è sufficiente la sola possibilità dell'uso senza l'attuale fatto dell'uomo; avvegnachè la legge richiede soltanto che l'uso di essa sia o possa essere continuo; epperò se in alcuna servitù gli effetti non sieno continui, come le acque che derivano dalle grondaie, le quali cadono solo in tempo di pioggia, poco interessa, perchè la servitù è continua. Al contrario il diritto di passaggio, quello di pascolo, di abbeverare le pecore alla fonte, quello di attingere l'acqua in un pozzo senza opere visibili e permanenti, anche quando si annunciassero con segni esteriori, come una porta, un cancello, un viale, ec. costituiscono servitù discontinue. La giureprudenza ha deciso che se per usare il diritto di condurre l'acqua fosse necessaria la formazione di una tura, la servitù non cesserebbe di essere della natura delle continue (1); come pure ritenne per continua la servitù in una specie nella quale per entrare nel fondo del vicino lo si doveva per una porta esistente nel cortile (2).

§ 150.° Le servitù sono in terzo luogo *apparenti* e non *apparenti*. Le prime sono quelle che si manifestano con segni visibili, come una porta, una finestra, un acquedotto; le seconde sono quelle che non hanno segni visibili della loro esistenza, come il divieto di fabbricare sopra un fondo, o di non fabbricare che ad un' altezza determinata (art. 618): *Servitutes quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex aedibus meis in aedes tuos dignum immissum habuero per causam tigni possideo habenti consuetudinem. Ideo eveniet etsi moeniarum in tuum immissum habuero aut stillicidium in tuum proie-*

(1) Decis. di Bruxelles dei 29 giugno 1826.
(2) Cass. di Napoli arr. del 15 gennaio 1848.

cero, quia in tuo aliquid utor, sic quasi facta quodam possideo (1).

Questa distinzione è del pari importante per rispetto al modo diverso di acquisto; avvegnachè nel caso di servitù apparente i segni esteriori visibilmente sono la prova della di loro esistenza; mentre le non apparenti non hanno veruna indicazione che le addimostri, ed è necessario un titolo qualunque. Codeste servitù possono essere continue o discontinue. Così il diritto di non alzare al di là del convenuto è servitù continua, sebbene non apparente; come pure il diritto di passaggio è servitù discontinua, tuttochè sonovi segni esteriori che la dimostrano; ed è non apparente se questi segni non esistono.

§ 151.° In quarto luogo le servitù sono *negative e affermative*. Le prime sono quelle per le quali il proprietario non può fare alcuna cosa nel suo fondo, come la servitù *altius non tollendi*; le seconde sono quelle per le quali il proprietario del fondo serviente è obbligato a soffrire alcuna cosa, come sono le servitù *luminum itineris*, *aquam hauriendi, ducenti*, ec.

Le servitù negative sono tutte non apparenti, e non possono essere costituite che con un titolo; mentre le affermative, allorchè sono continue ed apparenti possono acquistarsi mediante il titolo, la destinazione del padre di famiglia, e la prescrizione.

SEZIONE I.

DELLE SERVITU' STABILITE DALLA LEGGE.

§ 152.° Le servitù stabilite dalla legge hanno per oggetto l'utilità pubblica o privata (art. 533). Queste servitù si dividono in due classi. Le une riguardano il demanio pubblico, il corso delle acque, i marciapiedi lungo i fiumi e canali navigabili o atti al trasporto, la costruzione e riparazione delle strade, ed altre opere pubbliche. Tutto ciò che concerne questa specie di servitù viene determinato da leggi e da regolamenti speciali (art. 534). Epperò conviene riscontrare al riguardo le leggi su le polveriere, le nitriere, le saline, ed altre manifatture nazionali, quelle su le bonificazioni dei terreni, su gli spalti delle fortezze e piazze da guerra. Le altre riguardano l'interesse dei particolari; epperò soggettano costoro a talune obbligazioni, le quali vanno osservate tuttochè senza alcuna convenzione da parte loro. Le servitù che la legge impone per la utilità privata sono determinate dalle leggi e dai regolamenti su la polizia campestre, e dalle disposizioni della presente sezione (art. 535).

(1) L. 20 Dig. de servit, praed.

§ 1.

Delle servitù che derivano dalla situazione dei luoghi.

§ 153.° La prima regola che la legge stabilisce sul riguardo si è che i fondi inferiori sono soggetti a ricevere le acque che dai più elevati scolano naturalmente, senza che vi sia concorsa l'opera dell'uomo. Il proprietario del fondo inferiore non può impedire questo scolo, e quello del fondo superiore non può fare cosa alcuna che renda più gravosa la servitù del fondo inferiore (art. 336). La stessa regola adottavano i Romani: *Illud sciendum est hanc actionem vel superiori adversus inferiorem competere, ne aquam quae natura fluat, opere facto inhibeat per suum agrum decurrere; et inferiori adversus superiorem ne aliter aquam mittat quam fluere natura solet* (1). Se l'uomo deve sottostare agli ordinamenti della natura, è giusto che il suo fondo riceva le acque che scolano ancorchè sieno nocevoli, nè ha diritto di reclamare indennità quando la mano del vicino non ha influito al suo danno. Egli è chiaro che qui trattasi di acque piovane, non già di quelle che derivano da opifici di manifatture, dalle fabbriche, nè da quelle che cadono dai tetti, poichè in queste la direzione è data dall'uomo non già dalla natura. Del resto il proprietario del fondo superiore può essere costretto a dividerle, quando la situazione del suo fondo lo consentisse, acciocchè non scendessero agglomerate in un solo punto ad allagare il fondo inferiore. Qui trova applicazione la vecchia regola di giustizia: *Quod tibi non nocet et alii prodest faciendum.*

§ 154.° Se le sponde e gli argini che erano in un fondo e servivano di ritegno alle acque, sieno stati distrutti od atterrati, o si tratti di ripari che la variazione del corso delle acque renda necessari, ed il proprietario del fondo stesso non voglia ripararli, ristabilirli o costruirli, possono i proprietari danneggiati o che ne fossero in grave pericolo farvi a proprie spese le occorrenti riparazioni o costruzioni. Devono però le opere eseguirsi in modo che il proprietario del fondo non ne patisca danno, premessa l'autorizzazione giudiziaria, sentiti gli interessati ed osservati i regolamenti speciali sulle acque (art. 537). Lo stesso ha luogo quando si tratta di togliere un ingombro formatosi in un fondo o in un fosso, rivo, scolatoio od altro alveo per materie in essi impigliate, sicchè le acque danneggino o possono danneggiare i fondi vicini (art. 538). Le due anzidette disposizioni sono tratte dagli articoli 552 e 553 del codice albertino, e trovano riscontro anche nel diritto romano (2).

§ 155.° Tutti i proprietari ai quali è utile la conservazione delle sponde e degli argini, o la rimozione degl'ingombri accennati nei due

(1) L. 1 Dig. de acqua pluv. arc.
(2) L. 3 § 1, 4, 5, 6. Dig. de aqua et aquae pluv, arcendae.

precedenti articoli, potranno essere chiamati ed obbligati a contribuire alla spesa in proporzione del vantaggio che ciascuno ne ricava, salvo in tutti i casi il risarcimento dei danni e delle spese verso chi avesse dato luogo alla distruzione degli argini od alla formazione degl'ingombri anzidetti (art. 539). La presente disposizione è del pari tratta dal codice albertino (art. 554) e segna una regola ovvia di giustizia, poichè se la conservazione delle sponde e degli argini o la rimozione degl'ingombri interessa a più proprietari, ciascuno deve contribuire alla spesa in proporzione del vantaggio che ne ritrae.

§ 156.° Chi ha una sorgente nel suo fondo può usarne a piacimento, salvo il diritto che avesse acquistato il proprietario del fondo inferiore in forza di un titolo o della prescrizione (art. 540). Ogni proprietario essendo padrone del fondo lo è pure delle acque che sorgono nello stesso. Egli può usarne a suo talento, sia formando dei bacini, dei canali, o quelle opere che crede necessarie, ed impedire per tal modo che cadano nel fondo inferiore; nè il proprietario dello stesso può menarne lamento, eccetto se avesse acquistato alcun diritto su quelle acque, sia in forza di titolo, sia di prescrizione. La legge romana aveva la medesima prescrizione: *Denique Marcellus scribit, cum eo qui in suo fodiens vicini fontem, nihil posse agi: nec de dolo actionem et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit* (1). Epperò, se il proprietario del fondo superiore scavando nel suo fondo, tagliasse una vena sotterranea di acqua, la quale alimentava un pozzo del proprietario del fondo inferiore, costui non potrebbe dolersene, nè promuoverne azione, poichè egli è proprietario non solo della superficie, ma anche di tutta la profondità del suo fondo. A questa regola dee apportarsi la necessaria eccezione nel caso che il proprietario del fondo inferiore avesse acquistato diritto, onde la sua cisterna sia alimentata con l'acqua che provviene dal fondo vicino sia in forza di titolo, sia di prescrizione.

La prescrizione in questo e nel caso precedente non si compie che col possesso di trent'anni, da computarsi dal giorno in cui il proprietario del fondo inferiore ha fatto e terminato nel fondo superiore opere visibili e permanenti, destinate a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo, e che abbiano servito all' uopo (art. 541). Base di ogni prescrizione sia per acquistare, sia per liberarsi da una obbligazione è il possesso, il quale per essere legittimo dev'essere continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco e con animo di tener la cosa come propria (art. 686). Or nella concorrenza di tutti i riferiti elementi caratteristici del possesso legittimo, il proprietario del fondo inferiore acquista diritto incommutabile su le acque, purchè faccia i lavori visibili e permanenti sul fondo superiore. La legge ha deciso in tal modo la quistione che era impegnata tra' dotti, circa il sapere se i lavori dovevano farsi sul fondo inferiore, sul superiore

(1) L. 1 § 12. Dig. de aqua pluv. arcendae.

o sul confine dei due fondi; ma a noi sarebbe piaciuta più l'accettazione di quest'ultima opinione, essendo poco probabile che i lavori si facciano sul fondo superiore, senza che il proprietario di questo vi si opponga; mentre le opere sul confine sono appunto quelle che tendono a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo, e si vedono agevolmente dal proprietario del fondo superiore, il quale ove non si opponga pel corso di trent'anni, trova compiuta la prescrizione a suo danno.

§ 157.° Il proprietario della sorgente non può deviarne il corso quando la medesima somministri agli abitanti di un comune o di una frazione di esso l'acqua che è loro necessaria; ma se gli abitanti non ne hanno acquistato l'uso o non l'hanno in forza di prescrizione, il proprietario ha diritto ad indennità (art. 543). Se il proprietario di una sorgente in conseguenza del suo diritto dominicale può disporne a piacimento, ciò è applicabile nel rapporto degli altri fondi particolari; ma non così se la stessa abbisognasse per comodo pubblico, cioè che fornisse l'acqua agli abitanti di un comune o di una frazione di esso; avvegnachè l'acqua è un elemento necessario alla vita, e l'utile privato deve cedere all'utile pubblico. Adunque o vi è titolo o prescrizione in pro del comune ovver no, poichè in quest'ultimo caso il proprietario della sorgente avrà diritto ad una indennità, non potendo alcuno essere privato di una cosa senza una preventiva e proporzionata indennità. Se l'azione è prescritta nulla può ripetere il proprietario della sorgente; ma la prescrizione non incomincia a decorrere a profitto degli abitanti se non dal momento in cui sono compiuti i lavori che hanno per oggetto l'uso delle acque.

Sebbene la legge non parli che delle acque di una sorgente, pure la disposizione per identità di ragione deve estendersi alle acque di una cisterna, di uno stagno, di una fontana, ec., allorchè l'acqua che vi si rinchiude è necessaria agli abitanti di un comune, ovvero ad una frazione di esso.

§ 158.° Quegli il cui fondo costeggia un'acqua che corre naturalmente e senza opere manufatte, tranne quella dichiarata demaniale dall'art. 427, o sulla quale altri abbia diritto, può mentre trascorre, farne uso per la irrigazione dei suoi fondi o per l'esercizio delle sue industrie, a condizione però di restituirne le colature e gli avanzi al corso ordinario. Quello il cui fondo è attraversato da quest'acqua, può anche usarne nell'intervallo in cui essa vi trascorre, ma coll'obbligo di restituirla al corso ordinario mentre esce dai suoi terreni (art. 543). Egli è facile il comprendere dalle parole adoperate in questa disposizione doversi trattare delle sole acque correnti, non già di quelle che non hanno corso; quindi i proprietari dei fondi lungo i quali scorrono, e quelli dei fondi che siffatte acque attraversano, non sono obbligati dopo averne fatto uso, di rimetterle al loro corso ordinario, poichè tale obbligo non è prescritto dalla legge. Il diritto di usarne in modo da cangiarne il corso è vietato, poichè colui che ha una

proprietà da questo lato dell'acqua corrente, deve riflettere esservi altro proprietario dal lato opposto, ed essendo comproprietari entrambi delle acque, niuno deve usarne a pregiudizio dell'altro. Se poi l'acqua corre per un canale o ruscello appartenente ad un proprietario, i vicini non possono servirsene, salvo se vi abbiano acquistato diritto.

Il novello codice, oltre la eccezione per le acque demaniali dalle conseguenze della cennata disposizione, eccettua anche quelle sulle quali altri abbia acquistato dritto, e quindi non sarebbe permesso di usare delle stesse a danno di colui che lo avesse acquistato esclusivamente.

§ 159.° Sorgendo controversia fra i proprietarii a cui l'acqua può essere utile, l'autorità giudiziaria deve conciliare l'interesse dell'agricoltura e dell'industria coi riguardi dovuti alla proprietà; ed in tutti i casi devono essere osservati i regolamenti particolari e locali sul corso e sull'uso delle acque (art. 544); quindi nel dubbio se una fabbrica di carta debba o no essere alimentata da una sorgente, deve prescegliersi l'avviso che agevoli, anzichè sopprima l'industria.

§ 160.° Qualunque proprietario o possessore d'acque può servirsene a suo piacimento od anche disporne a favore d'altri, ove non osti un titolo o la prescrizione; ma dopo essersene servito non può invertirle in modo che si disperdano in danno di altri fondi, a cui potessero profittare senza cagionare rigurgiti od altro pregiudizio agli utenti superiori, e mediante un equo compenso da pagarsi da chi vorrà profittarne, ove si tratti di sorgente o di altra acqua spettante al proprietario del fondo superiore (art. 545).

§ 2.

Dei muri, edifizi e fossi comuni.

§ 161.° In questo paragrafo esamineremo principalmente le regole relative: 1° alla comunione dei muri; 2° alle riparazioni occorrenti ai medesimi; 3° alla rinuncia della comunione; 4° ai dritti dei comproprietari sul muro comune; 5° alla comunione forzata dei muri; 5° ai diritti e doveri tra diversi possessori di uno stesso edificio; 6° le regole su' fossi e su le siepi comuni; 7° quelle relative agli alberi su la siepe comune o sul confine di altri fondi.

Dicesi comune quella cosa che non solo nella sua totalità, ma in ciascuna delle sue parti appartiene a due o più persone, senza che possa determinarsi quella che è propria all'una, e quella che si appartiene alle altre.

§ 162.° In conseguenza dell'enunciato principio la legge stabilisce che ogni muro il quale serve di divisione tra edifizi sino alla sua sommità, e in caso di altezze ineguali sino al punto in cui uno degli edifizi comincia ad essere più alto, ed altresì ogni muro che serve di divisione tra cortili, giardini, ed anche tra ricinti nei campi, si pre-

sume comune, se non vi è titolo o segno in contrario (art. 546). Il muro può essere comune per due ragioni, o perchè i due vicini lo hanno fatto costruire a spese comuni pel rispettivo interesse, o perchè avendolo costruito un solo tra essi, l'altro ne ha acquistato la comunione. In ogni modo la prescrizione della legge è troppo giusta perchè fondata sul naturale andamento delle cose umane. In vero se ciascuno dei due vicini avea tutto l'interesse a chiudere il proprio fondo, entrambi dovettero concorrere ad erogare le spese necessarie alla sua costruzione. Se uno dei fondi è chiuso e l'altro aperto, il proprietario di questo non avendo interesse a chiuderlo da un solo lato, non può presumersi a suo vantaggio la comunione di quel solo lato che lo separa dal fondo interamente chiuso del vicino. Epperò un muro che separa un cortile da un prato, da un fosso, o qualsiesi altra terra aperta, si reputa di appartenere al solo proprietario del cortile, poichè egli solo ha interesse di chiudere la sua proprietà.

Se da ultimo un muro divisorio tra due edifici sia da una parte di maggiore altezza, si dovrà presumere comune fino alla sommità che serve di divisione.

§ 163.° Dopo segnate le regole per far presumere la comunione, è d'uopo esaminar quelle che inducono la idea contraria. All'uopo la legge stabilisce che la proprietà esclusiva del muro divisorio tra cortili, giardini, orti o campi è determinata dal provente di esso muro, ed in ragione del provente medesimo. Se quindi gli sporti, quali sono le mensole, i cornicioni, e simili, e i vani che si addentrano oltre la metà della grossezza del muro, appaiono costrutti con esso, si presume che il muro sia di quel proprietario dalla cui parte si presentano, ancorchè vi sia soltanto qualcuno di tali segni (art. 547); e ciò perchè diretti questi segni a facilitare la caduta delle acque piovane da una sola parte, si presume che il proprietario non avrebbe permesso di aver egli solo lo scolo delle acque, se il muro fosse comune.

Diconsi *mensole* le coverture di pietre, d'imbrici e di mattoni messi a sporto e destinati all'ufficio dei cornicioni. Le mensole non devono confondersi con le *morse* o pietre di addentellato, le quali sogliono lasciarsi sporgenti dalla parte del vicino, acciocchè se vuole fabbricare non è obbligato a fare incavi che pregiudicano la solidità del muro o lo degradano. I *cornicioni* sono la parte dello sporto che adorna lai sommità del muro. Questi segni devono essere apposti nella formazione del muro e non dopo; altrimenti sarebbe facile ad un vicino di apporli dopo dolosamente per dimostrare di essere egli il solo proprietario esclusivo del muro. Del resto se si fossero apposti codesti segni dopo la costruzione del muro, e rimasti per anni trenta, si verificherebbe la prescrizione a favore di colui dalla cui parte esistono.

§ 164.° Le riparazioni e le ricostruzioni necessarie al muro comune riuscendo utili a tutti i comproprietari è giusto che sieno a carico di tutti quelli che vi hanno diritto, ed in proporzione del diritto di cia-

scuno (art. 548). Il muro, come cosa comune, se deve ristorarsi a spese comuni, non può farsi da un solo proprietario di sua privata autorità; ma egli dee interpellare gli altri, e nei casi di disputa ottenere una sentenza che ve lo abiliti; altrimenti potrebbe rimanere esposto a soffrire egli solo tutte le spese. A questa regola crediamo doversi eccettuare i soli casi di massima urgenza, come di muro crollante, sebbene anche in tali casi la legge presceglie una forma di giudizio molto sommaria.

§ 165.° Malgrado l'obbligo comune delle riparazioni e ricostruzioni, qualunque comproprietario di un muro comune può esimersi dall' obbligo di contribuire alle spese di riparazioni e ricostruzioni, rinunziando al diritto di comunione, purchè il muro non sostenga un edificio di sua spettanza. La rinunzia però non libera il rinunziante dall'obbligo delle riparazioni e ricostruzioni a cui avesse dato causa col fatto proprio (art. 549). Se quegli che obbligato alla riparazione e ricostruzione lo è appunto per ragion del condominio su la cosa, abbandonando questa si libera dalla spesa relativa: *Evaluit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere ius sibi esse cogere adversarium refigere parietem ad onera sua substinenda. Labeo autem, hanc servitutem, non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit* (1). La rinuncia dev' essere intera e fatta in buona fede, e non sarebbe tale se il muro sostenesse l'edificio di spettanza del rinunciante, essendo in tal caso efimera e capziosa. Da ultimo la stessa rinuncia fatta in buona fede non esonera il rinunciante dalle riparazioni causate da fatto proprio di lui o delle persone delle quali deve rispondere.

Un obbligo speciale la legge segna a carico di quel proprietario che dovendo atterrare un edificio sostenuto da un muro comune, vuole rinunziare alla comunione dello stesso, e quest'obbligo si è di dover fare per la prima volta le riparazioni e le opere che la demolizione ha reso necessarie, come la chiusura di buchi, di vani, e lo intonaco dello stesso (art. 550). Conseguenza naturale di siffatta rinuncia è l'alterazione della linea di confine, poichè l'area su cui poggia la metà del muro del rinunciante passa nella proprietà dell' altro condomino. Il codice estense volendo accettare la contraria idea, suppose che la detta metà del muro s'intende prestata all'altro condomino solo per sostenere l'intero edificio (art. 536); ma è facile comprendere come l' idea del prestito, non sia punto la conseguenza di un abbandono reale del diritto, ma di una trasformazione dello stesso, la quale non potendo essere una conseguenza della presunzione naturale della legge, sarebbe mestieri di un patto espresso per sostenersi.

§ 166.° Ogni condomino della cosa comune avendo il diritto di servirsene per l'uso al quale è destinato, senza offendere il diritto dell'altro, la legge stabilisce che ogni comproprietario può fabbricare ap-

(1) L. 6 Dig. si ser. vind.

poggiando le sue costruzioni al muro comune ed immettere travi e travicelli per la grossezza del medesimo, in guisa però che dall' altra parte restino ancora cinque centimetri, salvo il diritto nell'altro comproprietario di far accorciare la trave fino alla metà del muro, nel caso in cui egli volesse collocare una trave nello stesso luogo, aprirvi un incavo ed appoggiarvi un camino (art. 551). Secondo il diritto romano il muro poteva essere comune *pro indiviso* e *pro diviso*. Nel primo caso i comproprietari avevano il diritto espresso o tacito di apporvi delle travi o fabbriche anche al di là della metà del muro. Nel secondo caso non potevano oltrepassare la metà della grossezza del muro; e qualora le nuove opere avessero portato inclinazione del muro o minaccia di pericolo dalla parte del vicino, costui aveva diritto a chiedere una cauzione (1). Se poi scientemente avesse tollerato l'eccedenza oltre la metà del muro, poteva chiedere un indennizzo e non già la demolizione: se poi erasi opposto poteva pretendere che fossero rimesse le cose nello stato primiero (2).

Parimenti ogni comproprietario di un muro comune può attraversarlo per intiero con chiavi e capi-chiavi, e collocare bolzoni all' opposto lato per guarentigia della sua fabbrica, osservando però la distanza di cinque centimetri dalla superficie esterna del muro verso il vicino, e facendo le opere necessarie per non recar danno alla solidità del muro comune, salvo il risarcimento dei danni temporanei provenienti dal collocamento delle chiavi e dei capi-chiavi e bolzoni (art. 552).

§ 167.° Oltre al divisato diritto di appoggio, in conseguenza della comproprietà del muro, si può da ciascuno dei condomini servirsi dello stesso innalzandovi sopra; ma sono a carico di quel condomino che si avvale di un tale diritto le spese dell' alzamento, le riparazioni pel mantenimento dell'altezza superiore al muro comune e le opere occorrenti per sostenere il maggior peso derivante dall'alzamento, in modo che il muro riesca ugualmente solido (art. 553). Se quindi il muro non fosse atto a sostenere l'innalzamento, il condomino che vuole alzarlo è tenuto a farlo ricostruire per intero a sue spese prendendo dal suo lato l'aumento della grossezza. In questo caso e in quello espresso nel precedente articolo egli è inoltre tenuto a risarcire il vicino dei danni, che pel fatto anche temporaneo dell' alzamento o della nuova costruzione avesse a soffrire (art. 554). Sotto il nome d'innalzamento debbono comprendersi i puntelli, gli archi, ed altre opere che fossero stimate necessarie per la ricostruzione del muro. E se per innalzare il muro sia necessario togliere il tetto dagli edifici della parte opposta, i proprietari di essi non possono opporvisi, stante la esistenza della servitù legale in virtù della quale devono soffrire lo scovrimento dei loro edifici; salvo poscia a rimettere il tutto nello stato normale; e salve quelle indennità che possono competere per l' impedimento che il lavoro cagiona all'uso delle loro proprietà.

(1) L, 39 e 40. Dig. de damn. infect.
(2) L. 28. Dig. de comm. div.

§ 168.° Il vicino che non ha contribuito all'alzamento, può acquistarne la comunione, pagando la metà di quanto ha costato e il valore della metà del suolo che fosse stato occupato per l'eccedente grossezza (art. 555). L'è questa una cessione forzosa che la legge permette nell'interesse pubblico, onde le proprietà sieno bene allineate, e non si vegga l'enormità di un doppio muro divisorio tra due edifizi. Quegli che chiede la comunione non deve pagare la metà del muro, ma la metà delle spese, cioè di quella che è costato per elevarlo, la quale può essere diversa. Il motivo di tal differenza, tra la spesa effettiva, e quella che potrebbesi pretendere dal proprietario che ha elevato il muro, si è di evitare controversie su di un prezzo a fissarsi diverso dall'effettivo, e che la pretensione di chi è obbligato a cedere la comproprietà del muro potrebbe esagerare.

La giureprudenza francese si è espressa sul riguardo nel senso che in forza di questa facoltà il proprietario che ha acquistata la comunione, non possa obbligare il condomino che ha edificato a chiudere le finestre ed altre aperture che vi avesse praticato prima di rendersi comune il muro (1). Ma noi non crediamo alla giustezza di tale giureprudenza, stante l'effetto retroattivo della comunione, e perchè in tal modo giudicando si darebbe il mezzo facilissimo per evitare la comunione forzosa, praticandosi finestre o vani di ogni altra specie da parte di chi fabbrica ed ha interesse di ricusarla.

§ 169.° Il diritto di comunione può anche esercitarsi da parte del proprietario di un fondo contiguo ad un muro, il quale ha facoltà di renderlo comune in tutto od in parte, purchè lo faccia per tutta la estensione della sua proprietà, pagando al proprietario del muro la metà dell'intero valore, o la metà del valore di quella parte che vuol rendere comune e la metà del valore del suolo sopra cui il muro è costrutto, ed eseguendo altresì le opere che occorressero per non danneggiare il vicino. Questa disposizione non si applica agli edifizi destinati all'uso pubblico (art. 556). È questa un'altra comunione forzata consigliata dall'utile pubblico e dalla necessità di evitare costruzioni di muri inutili, perdite di terreno, e non deturpare l'aspetto delle città con fabbriche disordinate. Per applicarsi la regola contenuta nella sopra trascritta disposizione di legge richiede che il muro sia contiguo al fondo vicino, cioè non separato da spazio veruno, come da una vinella, da un viottolo o zona di terra qualunque. Il prezzo del muro che si vuol rendere comune deve valutarsi non per la spesa che è costata, ma pel valore che ha al momento della domanda dell'acquisto; poichè per regola generale quello che si vende ha per prezzo quello relativo al tempo della vendita. Se le parti non possono concordarsi sul prezzo, sarà questo fissato dal magistrato dietro il parere degli esperti; e nel caso di valore indeterminato, dee provvedervi il tribunale civile. Ma se tutto il fondo di cui si chiede la comunione del muro, valesse

(1) Corte di Bruxelles, ec. del 31 ottobre 1827.

lire mille e cinquecento la causa sarebbe di competenza del pretore. Se però quello che chiede la comunione del muro avesse fatto una sua offerta, e questa rispondesse a quella di poi determinata dal magistrato, le spese sarebbero tutte a carico del proprietario che ha rifiutato l'offerta.

La comunione dei muri è applicabile tanto alle città quanto alle campagne, non facendo la legge alcuna distinzione, e si acquista con quei pesi e quelle servitù che vi si trovano stabilite.

La eccezione per gli edifizi destinati all'uso pubblico, come quelli inservienti al culto divino, gli arsenali, le caserme pei militari, le carceri, i banchi pubblici, i pubblici archivii, ed altri simili, è troppo giusta, per evitare ogni perplessità alle pubbliche amministrazioni, la cui sicurezza potrebbe compromettorsi con la comunione forzata dei muri.

§ 170.° Uno dei vicini non può fare alcun incavo nel muro comune, nè applicarvi od appoggiarvi alcuna nuova opera senza il consenso dell'altro, e, in caso di rifiuto, senza aver fatto determinare dai periti i mezzi necessari affinchè l'opera non riesca di danno ai dritti dell'altro (art. 557). La ragione di questa disposizione trovasi espressa nella seguente legge romana: *Sabinus ait in re communi, neminem dominorum iure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat hoc permiserit; et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterat. Sin autem faciendi consensit, nec pro damno actionem habet: quod si quid absente socio ad laesionem eus fecit, tunc etiam tollere cogitur* (1). I mezzi ai quali la legge si riferisce sono d'ordinario un muro di rinforzo od altra opera simile, specialmente quando si tratta di appoggiarvi un camino, un forno, un focolare, una fucina o fornello; essi però variano secondo la specie dell'opera che vuol farsi e sono determinati dai periti.

Il consenso può darsi all'amichevole o giudiziariamente; ma in quest'ultimo caso le spese sono a carico di colui che ha ingiustamente rifiutato di darlo. La sola negativa non arresta l'altro condomino dall'usare del suo diritto secondo era stabilito per diritto romano, poichè egli si può avvalere del giudizio dei periti; salvi gli effetti della contestazione giudiziaria.

§ 171.° Non si può ammucchiare contro un muro comune letame, legnami, terra od altre materie, senza prendere le precauzioni necessarie affinchè tali mucchi non possano nuocere con l'umidità, o con la spinta, o con la soverchia elevazione, od in qualunque altro modo (art. 558). Ragioni di pubblica e privata igiene, e di necessario rispetto all'altrui diritto hanno consigliata la presente disposizione.

§ 172.° In conseguenza dei vantaggi che ogni vicino ritrae dalla

(1) L. 28. Dig. comm. divid.

cosa comune, ciascuno può costringere l'altro a contribuire alle spese di costruzione e di riparazione dei muri di cinta che separano le rispettive case, i cortili e i giardini situati nelle città e nei sobborghi. L'altezza di essi sarà determinata secondo i regolamenti particolari, ed, in mancanza di questi o di una convenzione, ogni muro di cinta o divisorio tra vicini da costruirsi in avvenire a spese comuni sarà dell'altezza di tre metri (art. 559). Questa disposizione è consigliata da ragioni di ordine pubblico e dalla sicurezza delle persone, la quale è più compromessa nelle città e nei sobborghi per la contiguità delle abitazioni. Al contrario pei muri divisorii delle proprietà site nelle campagne, non essendovi obbligo tra vicini, ciascuno può costruirli a sue spese; come pure pei lastrici solari, quando il proprietario che ne fa istanza avesse l'uso esclusivo del calpestio o possedesse tutta la linea verticale che vuol dividere dagli altri condomini.

§ 173.° Nel caso in cui nelle città o nei sobborghi un muro sia divisorio di due fondi l'uno superiore, l'altro inferiore, il proprietario del fondo superiore dovrà sopportare per intiero le spese di costruzione e di riparazione del muro sino all'altezza del proprio suolo: la parte del muro che sorge dal suolo del fondo superiore sino all'altezza indicata nell'articolo precedente, sarà costrutta e riparata a spese comuni (art. 560). La disposizione è tratta dall'art. 582 del codice albertino e 547 del codice estense, e tende a livellare le spese relative alla sola parte di muro che sarebbe stata necessaria per la separazione dei due fondi ove fossero stati allo stesso livello; mentre la parte inferiore deve cedere a carico del proprietario del fondo superiore pel quale il muro si è elevato.

§ 174.° Nei casi espressi nei due articoli precedenti, il vicino che non vuole contribuire alle spese di costruzione o riparazione del muro di cinta o divisorio, se ne può esimere cedendo la metà del terreno su cui il muro di separazione dev' essere costrutto, e rinunziando al diritto di comunione; salva la disposizione dell' art 556 (art. 561). Questa disposizione è del pari tratta dall' art. 583 del codice albertino, e dall' art. 548 del codice estense, e per essa è applicabile il disposto dell' articolo 549, cioè che la rinuncia non può aver luogo, se il muro sostiene l'edificio di spettanza del proprietario che rinuncia, o serve di appoggio a qualunque altra sua proprietà.

§ 175.° Dopo aver parlato della comunione dei muri, e dei dritti e doveri rispettivi dei condomini, è d'uopo trattare di quelle servitù necessarie tra' diversi proprietari di uno stesso edificio, e che meglio si direbbero quistioni di comproprietà, o regole per godere la cosa comune. All' uopo si stabilisce in primo luogo che quando i diversi piani di una casa appartengono a più proprietari, e i titoli di proprietà non provvedono circa le riparazioni e ricostruzioni, queste devono farsi nel modo seguente: I muri maestri ed i tetti sono a carico di tutti i proprietari in proporzione del valore del piano che appartiene a ciascuno. Lo stesso ha luogo per gli anditi, le porte, i pozzi,

le cisterne, gli acquedotti e le altre cose comuni a tutti i proprietari: le latrine però sono a carico comune in proporzione del numero delle aperture d'immissione. Il proprietario di ciascun piano o porzione di esso fa e mantiene il pavimento su cui cammina, le volte, i solari e i soffitti che coprono i luoghi di sua proprietà. Le scale sono costrutte e mantenute dai proprietari dei diversi piani a cui servono, in ragione del valore di ciascun piano. Si considerano come piani di una casa le cantine, i palchi morti, le soffitte o camere a tetto (art. 562). Questa disposizione va adunque applicata, quando i titoli di proprietà non dispongono altrimenti, sia mettendo a carico di un determinato condomino una quota maggiore di spese per ricostruzioni e riparazioni, sia escludendo un solo di essi da qualsiesi spesa; il che può avvenire facilmente nelle divisioni fatte tra possessori attuali od originari, per compensare in tal modo le plusvalenze che si dovevano ricevere da un condomino o coerede, e che non si sono introitate.

Abbiamo già avvertito che i muri maestri sono quelli che costituiscono i lati esterni di un edifizio, e tutti gli altri si chiamano partimentali. Se i primi sostengono la casa nell'interesse di tutti, è giusto che tutti provvedono alle ricostruzioni e riparazioni secondo il valore di ciascun piano, non essendo giusto che il proprietario di un semplice quartino matto, o di poche stanze su' lastrici paghi la stessa rata di spese dei proprietari degli appartamenti nobili di un valore molto considerevole. La stessa regola osservavasi dai Romani: *Si plus sint aedes quae damnose imminent, utrum adversus unumquemque dominorum in solidum consulit, an in partem? et scribit Iulianus, quod et Sabinus probat, pro dominicis partibus convenire eos oportere* (1).

Il proprietario di ciascun piano fa il pavimento su cui cammina, sia a volta sia a travi, e se questi marciscono in tutto ovvero in parte egli solo è obbligato a rimetterli. Circa la scala abbiamo una differenza col diritto anteriore, secondo il quale ogni proprietario era obbligato di fare e riparare la scala che conduceva al suo piano, e quindi il proprietario del primo piano era sopraccaricato di maggiori spese, poichè è quello che più frequentemente ne abbisogna pel maggiore uso che se ne fa da tutti i condomini. Con maggiore giustizia il codice novello determina che le scale sono costrutte e mantenute dai proprietari dei diversi piani a cui servono in ragione del valore di ciascun piano; quindi il proprietario del secondo e del terzo devono anche contribuire alle spese occorrenti pel primo; ma non viceversa, poichè a costui non servono i piani superiori; eccetto se avesse l'uso dei lastrici o dei suppegni, dovendo in tal caso soggiacere ad una parte delle spese in proporzione del servizio che al medesimo arrecano le scale per accedere ai lastrici o suppenni.

§ 176.° Le norme stabilite per la contribuzione della spesa di riparazione o ricostruzione dei tetti di una casa appartenente a più pro-

(1) L. 40 § Dig. de damno infecto.

prietari si osservano anche nei casi di riparazione dei lastrici così detti solari. Ove l'uso dei medesimi non sia comune a tutti i proprietarii della casa, quelli che hanno l'uso esclusivo di uno o più lastrici solari, per ragione del calpestio, sono tenuti a contribuire per una quarta parte della spesa delle riparazioni o ricostruzioni, e le altre tre quarte parti sono a carico di essi e degli altri proprietari della casa, nella proporzione stabilita dall'articolo precedente, salve le particolari stipulazioni (art. 563). I lastrici solari servono di covertura agli edifizi che non hanno tetto. La legge fissa un diverso modo di contribuzione secondo che tutti od alcuni proprietari hanno l'uso esclusivo dei medesimi. Nel primo caso tutti pagano in proporzione del valore del piano della casa che è coverta dai lastrici; nel secondo caso si tiene conto del calpestio a favore del solo proprietario o dei soli proprietari che lo hanno, e si mette a loro carico il quarto delle spese in anteparte. Questi contribuiscono poi con gli altri in proporzione del valore dei rispettivi piani per le altre tre parti delle spese erogate. In tal modo la legge tiene conto ai comproprietari che non hanno il calpestio delle conseguenze dell'esercizio di esso, e non aggrava di molto la condizione di coloro che hanno il calpestio, come si è in talune circostanze preteso, quasichè la conservazione dei lastrici solari potesse generalmente assegnarsi più al calpestio su di essi, che alle vicende atmosferiche, le quali scommovendo le contignazioni ne turbano la coesione e ne occasionano il disfacimento (1).

§ 177.° Grave materia di disputa offriva presso di noi il sapere se il proprietario dell'ultimo piano di una casa avesse potuto sovraimporre su la stessa, e la giureprudenza dopo le solite oscillazioni accettava l'affermativa, quando non ne provvenisse danno ai proprietari sottoposti. Al tempo della compilazione del codice civile la commissione credè di aggiungere una disposizione allo scopo di rimuovere dagli edifici appartenenti a diversi comproprietari l'aggravio di servitù non stabilita dalla legge, e la quale malamente sarebbe imposta per fatto dell'uomo su l'edificio comune, vale a dire dell'inalzamento di altre fabbriche che voglia fare il proprietario dell'ultimo piano. A tale uopo si considerò che questo malvezzo, che ha deformato e deforma il ritmo degli edifizi nelle più belle città, che affretta la necessità di riparazioni e ricostruzioni, e che abbrevia la vita degli edifizi, non deve trionfare sul dissenso dei proprietari: è necessario che la legge con una espressa disposizione attuti l'origine di controversie giornaliere. A quale effetto si formolava l'articolo pel quale il proprietario dell'ultimo piano di una casa, non può senza il consenso dei proprietari degli altri piani, alzare nuovi piani e nuove fabbriche, eccettuate quelle costituenti parapetti di lastrici solari, qualora possa derivarne danno al valore della proprietà degli altri (art. 564). Senonchè il modo come l'articolo è redatto, non trova riscontro col ragionamento della commissione, la

(1) Relazione della commissione.

quale pare che avesse voluto impedire le nuove fabbriche, ove gli altri proprietarii avessero dissentito; mentre l'articolo fa dipendere il divieto dal dissenso e dalla ragione del danno;sicchè ove giudiziariamente è provato che le novelle fabbriche possono essere sostenute dalle antiche, non è impedito il sopralzamento ; epperò , malgrado il disposto dell'articolo 564, noi ci troviamo agli stessi risultamenti della nostra giureprudenza patria, che d'altronde sono i più giusti, parendoci sempre pericoloso un divieto assoluto al riguardo, ciòè di far dipendere il diritto al sopralzamento delle fabbriche dal solo consenso degli altri condomini, quasi sempre rifiutato, e non sempre per cause giuste. La teoria, pare quindi assodata, secondo la parola della legge, nel senso che se le fabbriche sottostanti possono sostenere le novelle fabbriche, il proprietario dell' ultimo piano ha diritto di elevarle dietro l'ordine del magistrato, malgrado il dissenso degli altri comproprietari.

§ 178.° Dopo aver parlato della comunione dei muri, sia di quelli isolati, sia di quelli tra' piani di uno stesso edificio, è d'uopo trattare dei fossi e siepi comuni. Tutti i fossi tra due fondi si presumono comuni se non vi è titolo o segno in contrario, e sono mantenuti a spese comuni (art. 565). I fossi dividono ordinariamente due fondi, e come tali si debbono ritenere per comuni giacchè sono destinati a dividere le due proprietà. Gli stessi motivi che fanno presumere comuni i muri, fanno del pari ritenere comuni i fossi. Codesta presunzione non può essere distrutta che da un titolo, come una vendita, una divisione, ec., o da un segno indicativo che non sia fatto allo scopo di marcare le divisioni dei campi, come un termine lapideo che dimostrasse la separazione dei fondi includendo il fosso nella zona di un solo proprietario.

Il fosso non è poi comune, se si trovi da una sola parte del medesimo il getto della terra o lo spurgo ammucchiatovi da tre anni, ma invece si presume di proprietà esclusiva di quello dalla cui parte è il getto della terra o lo spurgo così ammucchiato (art. 565) ; e la ragione di ciò si è che colui che fa il fossato pone la terra dalla parte sua , non avendo il diritto di gittarla nel fosso del vicino , il quale non l'avrebbe ricevuta , stante che il fondo è di esclusiva spettanza dell' altro proprietario. È del pari segno che il fosso non è comune quando serve agli scoli delle terre di un solo proprietario (art. 567), poichè in tal caso si presume che sia stato formato appositamente per ricevere gli scoli delle acque che scorrono sul proprio fondo.

Se il mantenimento è un peso della proprietà comune, ciascuno dei condomini vi è tenuto. Chi si nega può esservi costretto giudizialmente: ma essendo la cosa che serve e non la persona, può sempre abbandonarsi la comproprietà del fosso per esimersi dall'obbligo delle spese; ma se questo servisse come mezzo di confine fra due fondi, potrebbe il proprietario a cui pro si fa rinuncia chiedere l' apposizione di novelli termini a spese comuni al di là del fosso, che resta per effetto della rinuncia di uno nell'esclusivo possesso e proprietà dell'altro.

§ 179.° Le siepi avendo per iscopo di chiudere i fondi, del pari come i fossi si presumono comuni, e resta a spese comuni il mantenimento delle stesse. Questa presunzione cessa se un solo fondo sia cinto dalla siepe, o vi sia termine di confine o prova in contrario (art. 568). Inoltre la proprietà esclusiva di una siepe può anche essere assicurata dal possesso, se un solo dei condomini avesse per trenta anni mantenuta la siepe, e ne avesse reciso i rami o raccolto i frutti. La legge facendo salva la prova contraria, questa può anche risultare dal più lungo possesso, che è la prova di fatto e la più eloquente della proprietà in generale. Le leggi anteriori facevano espressamente parola di un *possesso sufficiente* come pruova della proprietà esclusiva delle siepi. Anche nel caso di siepe comune il proprietario che si nega di contribuire alla spesa di mantenimento, può esservi astretto, salvo se intendesse rinunciare alla comunione; ma in tal caso è applicabile quanto abbiamo di sopra avvertito circa la rinuncia della comproprietà dei fossi.

Le siepi possono essere vive o morte. Le prime sono d'ordinario di spine e di altri roveti o arboscelli che mettono radici; le seconde si formano di frasche o roveti secchi, o rami intrecciati fra loro per impedire l'ingresso degli uomini o degli animali nei campi.

§ 180.° Quanto agli alberi su la siepe comune o sul confine con altri fondi è stabilito che gli alberi sorgenti nella siepe comune sono comuni, e ciascuno dei due proprietari può chiedere che sieno atterrati (art. 569). La proprietà dell'albero si desume dalla situazione del tronco, e non già dalle radici che potessero estendersi su di un altro fondo. Or se il tronco, lungi di rattrovarsi nella siepe, si trova situato nel fondo di uno dei proprietari vicini, cessa l'idea di comunione, e l'albero apparterrà per intero al detto proprietario; salvo allo stesso di farlo abbattere se non sia piantato alla distanza legale, o di chiedere che sieno recisi i rami sporgenti sul suo fondo, e può recidere egli stesso le radici che s'innoltrassero nel medesimo.

§ 181.° Gli alberi sorgenti su la linea di confine tra due proprietà si reputano comuni, quando non vi sia titolo o prova in contrario (art. 569). In conseguenza di siffatta comunione, ciascuno dei proprietarii può togliere i rami che pendono dalla sua parte, e raccoglierne i frutti. Nondimeno se uno di loro non è contento della ripartizione dei frutti può chiedere che sia abbattuto, quando non serve di confine, qualunque sia la sua antichità, ed anche quando per lo innanzi i due fondi sieno appartenuti ad un solo proprietario; giacchè in tal caso non vi ha destinazione del padre di famiglia, trattandosi di comproprietà e non già di servitù. Ove l'albero sia divelto, il legno si divide in proporzione del terreno che occupava il tronco su ciascuno dei due fondi.

§ 182.° Finalmente gli alberi che servono di limite non possono tagliarsi, se non di comune consenso, o dopo che l'autorità giudiziaria abbia riconosciuta la necessità o la convenienza del taglio (art. 569).

Siffatti alberi, comechè destinati a servire di limite tra due fondi, non possono per regola generale tagliarsi senza il consenso dei due proprietari; ma se vi fosse necessità per essere già vecchi e prossimi a divenire fracidi, il taglio sarebbe una necessità, e non potrebbe essere arrestato per l'ingiusto rifiuto di uno dei due proprietari; come pure se fossero di gran valore, e la vendita potesse arrecare gran vantaggio ai comproprietari, i quali potrebbero designare il confine con mezzi più economici, come le colonnette di pietra, sarebbe la vendita molto conveniente, e non dovrebbe essere arrestata pel solo capriccio di uno dei proprietari; quindi nel caso di rifiuto di uno di essi, sarebbe disposta dal tribunale o dal pretore avuto riguardo al valore degli alberi da recidersi.

Quanto agli alberi piantati su gli orli delle vie che confinano i fondi, è d' uopo distinguere se posti nelle vie convicinali o private o sopra le strade pubbliche. Nel primo caso appartengono ai proprietari di quelle vie; nel secondo caso sono come la strada pubblica inalienabili ed imprescrittibili, nè i privati vi possono commettere attentati; salvo a chi di dritto la facoltà di putarli, tagliarli o ripiantarli secondo le circostanze.

§ 3.

Della distanza e delle opere intermedie richieste in alcune costruzioni, scavamenti e piantagioni.

§ 183.° Chi vuol fabbricare una casa od un muro anche solo di cinta, può farlo sul confine della sua proprietà, salva sempre la facoltà al vicino di rendere il muro comune a norma dell'articolo 556 (art. 570). La disposizione è tratta dall'art. 591 del codice albertino e dall'art. 559 del codice estense, nè trova riscontro nelle leggi francesi ed in quelle già in vigore in Italia. Egli era naturale il prescrivere che chi vuole fabbricare una casa sul proprio suolo possa farlo anche verso il confine, ma in tal caso deve sottostare alla comunione forzata che la legge prescrive nell' interesse pubblico con l' art. 556.

§ 184.° Quand'anche non si fabbrichi sul confine, se non si lascia la distanza almeno di un metro e mezzo, il vicino può chiedere la comunione del muro e fabbricare sin contro il medesimo, pagando, oltre il valore della metà del muro, il valore del suolo che verrebbe da lui occupato, salvo che il proprietario del suolo preferisca di estendere contemporaneamente il suo edifizio sino al confine. Qualora il vicino non voglia profittare di tale facoltà, deve fabbricare in modo che vi sia la distanza di tre metri dal muro dell' altro. Lo stesso ha luogo in tutti gli altri casi, in cui la fabbrica del vicino si trovi distante meno di tre metri dal confine. Si reputa nuova fabbrica anche il semplice innalzamento di una casa o di un muro già sussistente (art. 571). Giusta l'articolo precedente si può fabbricare sul confine

del fondo, purchè la nuova fabbrica si edifichi senza sporti ed aperture; salvo al vicino di chiedere la comunione del muro. Con la presente disposizione si faculta il proprietario della nuova fabbrica di esimersi dall'obbligo di cedere al vicino la comunione del muro, purchè si allontani dal confine un metro e mezzo (1). Se poi la zona non raggiunge il metro e mezzo in larghezza, il vicino può chiedere la comunione del muro, e fabbricare sin contro il muro edificato dall'altro proprietario, pagando oltre il valore della metà del muro, anche quello del suolo che viene da lui occupato, non essendo regolare il lasciare un vicolo tanto angusto tra due edifici, che può divenire fomite di pericoli, o luogo contrario ad ogni regola di pubblica igiene. Se poi il proprietario vuole egli estendere la sua casa fino al confine del proprio fondo è sempre libero di ciò fare; e d'altra parte non volendo il vicino avvalersi della facoltà di occupare lo spazio rimasto dal vicino, dee fabbricare in modo da lasciare la distanza di tre metri dal muro dell'altro, per evitare che con le rispettive aperture non si arrechino soggezioni alle rispettive case, e si comprometta la rispettiva sicurezza. In conseguenza di ciò se il vicino che non ha fabbricato sul confine ha lasciato la distanza di metro 1,20, il proprietario che non intende avvicinarsi e profittare di occupare lo spazio lasciato dall'altro deve allontanarsi dal proprio confine per metro 1,80; acciocchè sommate le due distanze si hanno i tre metri richiesti dalla legge tra le due proprietà.

Nel caso che il proprietario abbia edificato sul confine o ad una distanza minore di un metro e mezzo, tale nuova costruzione non avrà sporti, nè aperture. Ma se si è allontanato dal confine per un metro e mezzo gli è permesso aprire delle vedute a prospetto. Senonchè ove esse abbiano sporti od aperture, come dei balconi, al metro e mezzo dee aggiungersi un dippiù per quanto è la lunghezza dello sporto del balcone, dovendo essere netti i tre metri; altrimenti le proprietà sarebbero soggezionate e compromessa la rispettiva sicurezza (arg. art. 587 e 589). Epperò se chi eleva la nuova fabbrica trova il muro di fronte già fornito di balconi, deve allontanarsi tre metri, non già dal muro, ma dallo sporto del balcone, e se vuole aprire egli stesso dei balconi di fronte deve allontanarsi tre metri dai rispettivi sporti.

Finalmente la legge ad evitare la disputa che si faceva tra gli scrittori per sapere se il semplice alzamento di una casa o di un muro già esistente poteva considerarsi come nuova fabbrica, la decide in senso affermativo, e dispone che nel caso di sopralzamento di un antico muro deesi rispettare la distanza legale come negli altri casi di fabbriche affatto nuove.

§ 185.° Le disposizioni dei due articoli precedenti non sono applicabili agli edifizi indicati nel capoverso dell'articolo 556, nè ai muri

(1) Corrisponde a palmi 5, 67 dell' antica misura già vigente in queste provincie napolitane.

confinanti con le piazze e con le vie o strade pubbliche, pei quali debbono osservarsi le leggi e i regolamenti particolari che li riguardano (art. 572). Nel progetto ministeriale del codice questa disposizione era limitata ai soli muri confinanti con le piazze e con le vie o strade pubbliche; ma la commissione senatoria trovando adattabili agli edifizi indicati nell'articolo 556 le ragioni espresse nello stesso estese anche a questi edifizii le disposizioni degli art. 570 e 571. I diritti e doveri dei proprietari sopra le strade pubbliche sono regolati da leggi e regolamenti amministrativi. Se poi le piazze, le vie, le strade non fossero pubbliche, ma di esclusivo uso di alcuni privati, cessa la eccezione, e divengono applicabili le disposizioni degli articoli 570 e 571.

§ 186. Chi vuole aprire un pozzo di acqua viva, una cisterna, un pozzo nero, od una fossa di latrina o di concime presso un muro altrui od anche comune, deve, quando non sia altrimenti disposto dai regolamenti locali, osservare la distanza di due metri tra il confine con la contigua proprietà ed il punto più vicino del perimetro interno del muro del pozzo d'acqua viva, della cisterna, del pozzo nero o della fossa di latrina o di concime. Quanto ai tubi di latrina, di acquaio o di acqua cadente dai tetti, ovvero ascendenti per mezzo di tromba o di qualsivoglia macchina, deve la distanza essere almeno un metro dal confine. Eguale distanza sarà osservata per le diramazioni di essi tubi, e sarà sempre computata dal confine al punto più vicino del perimetro esterno del tubo. Qualora, osservate queste distanze, ne derivasse tuttavia danno al vicino, saranno stabilite maggiori distanze ed eseguite le opere occorrenti per riparare e mantenere riparata la proprietà del vicino (art. 573). Se il proprietario ha diritto a tutta la parte del fondo che trovasi al di sotto della superficie, era giusto riconoscere in lui il diritto di cavare un pozzo a qualunque profondità, una cisterna, una fogna, o un letamaio. Ma per evitare ogni danno al vicino egli è tenuto a serbare la distanza di due metri a contare dal perimetro interno del pozzo o da alcuno degli altri cavi suddetti fino alla linea del confine della proprietà del vicino. Queste distanze devono osservarsi in mancanza dei regolamenti esistenti nel paese ove le opere si eseguono, poichè nella esistenza di questi saranno osservati essi soltanto per garentire la proprietà vicina.

Per le condutture in generale, qualunque sia il loro congegno, è d'uopo serbare la distanza almeno di un metro dal confine al punto più vicino del perimetro esterno di esse, e lo stesso dee osservarsi per le sue diramazioni.

Se ad onta delle distanze serbate, le opere intraprese arrecassero danno alla proprietà vicina, saranno stabilite maggiori distanze ed eseguite le opere occorrenti per riparare e mantener riparata la proprietà del vicino.

§ 187.° Chi vuol fabbricare contro un muro comune o divisorio, ancorchè proprio, camini, forni, fucine, stalle, magazzini di sale o

materie atte a danneggiarlo, ovvero stabilire in vicinanza della proprietà altrui macchine messe in moto dal vapore, od altri manufatti, per cui siavi pericolo d'incendio o di esalazioni nocive, deve eseguire le opere e mantenere le distanze, che secondo i casi sieno stabilite dai regolamenti, e, in loro mancanza, dall'autorità giudiziaria, affine di evitare ogni danno al vicino (art. 574). Questa disposizione corrisponde all'articolo 545 delle leggi napolitane del 1819 ed all'articolo 574 del codice francese. Le precauzioni enunciate nella stessa devono consistere in uno spazio convenevole a lasciarsi, o in opere intermedie: *Si tam alte fodiam in meo ut paries tuus stare non possit damni infecti stipulatio committetur* (1). La legge se ne riporta ai regolamenti particolari, e in loro mancanza dispone che l'autorità giudiziaria dee decidere delle opere opportune da farsi; il che non può aver luogo che mediante il preventivo parere degli esperti.

§ 188.° Non si possono scavare fossi o canali, se non osservando una distanza dal confine del fondo altrui eguale alla loro profondità, salve le maggiori distanze che fossero determinate dai regolamenti locali. La distanza si misura dal ciglio della sponda dei fossi e canali più vicini al detto confine. Questa sponda deve inoltre essere inclinata a tutta scarpa, e in mancanza di scarpa, essere munita di opere di sostegno. Ove il confine del fondo altrui si trovi in un fosso comune ovvero in una strada privata, ma comune e soggetta a servitù di passaggio, la distanza si misura dal ciglio anzidetto al ciglio della sponda del fosso comune, ovvero al margine o lembo esteriore della strada più vicina al nuovo fosso o canale, ferme le disposizioni relative alla scarpa (art. 575 e 576). Tra fondo e fondo presso la linea ed i confini delle volte si scavano dei fossi o canali per la irrigazione o per dare scolo alle acque, che altrimenti ristagnerebbero su pei terreni. Destinati i fossi o canali a contenere delle acque, queste ben potrebbero corrompere le sponde ove fossero poco lontane dalla linea dei confini o su la linea stessa: dopo breve tempo arrecherebbero sicuri danni alla proprietà del vicino. La distanza che la legge determina con molta saggezza è consigliata dal necessario rispetto dell'altrui proprietà. Circa il modo di misurare la distanza la legge distingue tre casi: 1° quando due fondi si toccano senza opere intermedie; 2° quando intercede tra l'uno e l'altro fondo un fosso comune; 3° e da ultimo allorchè un fondo confina con una strada privata comune soggetta a servitù di passaggio. Nel primo caso la distanza si misura a partire dal ciglio della sponda del fosso o canale da costruirsi più vicino al confine del fondo. Nel secondo caso si misura a partire dal fosso più vicino al ciglio della sponda del fosso comune. Nel terzo caso dalla sponda più vicina al margine o lembo della strada che trovasi frapposta fra i due fondi. La detta sponda è quella che guarda il confine con l'estremo del fosso intermedio comune con la strada in-

(1) L. 24 Dig. de damn. infect.

terposta e deve essere inclinata a tutta scarpa per sostenersi ed evitare per tal modo che si alteri la linea dei confini o si guasti il fosso comune, o si renda impraticabile la strada. In mancanza di scarpa la sponda deve essere munita di opere di sostegno, per ottemperare al voto della legge che vuol mantenuta salda la sponda verso l'altrui proprietà o la proprietà intermedia comune; e quindi potrà provvedersi con regolare muro di fabbrica, o con piantagioni, onde le radici potessero mantenere saldo il terreno, od infine con qualsiesi altra opera che i periti possono indicare, e che sia adatta a supplire quella resistenza che suole offrire la scarpa. Se il fosso o canale viene scavato in vicinanza di un muro comune, non è necessaria la detta distanza, ma devono farsi tutte le opere atte ad impedire ogni danno (art. 577). Nel caso enunciato in questa disposizione non sono necessarie le garentie della distanza e della scarpa. Ma un canale destinato a regolare il deflusso delle acque ben potrebbe danneggiare il muro presso il quale è formato. Di qui la necessità di preservarlo con quelle opere che sono necessarie per evitare ogni danno.

§ 189.° Quegli che vuole aprire sorgenti, stabilire capi od aste di fonte, canali od acquedotti, oppure scavarne, profondarne od allargarne il letto, aumentarne o diminuirne il pendìo, o variarne la forma, deve oltre le distanze sopra stabilite osservare quelle maggiori distanze ed eseguire quelle opere che sieno necessarie per non nuocere agli altrui fondi, sorgenti, capi od aste di fonte, canali od acquedotti preesistenti e destinati all'irrigazione dei beni od al giro di edifizi. Sorgendo contestazioni fra i due proprietari l' autorità giudiziaria deve conciliare nel modo più equo i riguardi dovuti ai diritti di proprietà co' maggiori vantaggi che possono derivare all'agricoltura ed all'industria dall'uso a cui l'acqua è destinata o vuolsi destinare, assegnando ove sia d'uopo, all'uno ed all'altro dei proprietari quelle indennità che loro possono essere dovute (art. 578). Le sorgenti essendo un beneficio di cui la natura ha dotato il fondo di un dato proprietario, è giusto che egli se ne serva quale accessorio della sua proprietà, sia che defluisca in canali od in acquedotti, o capi od aste di fonte. Il proprietario della sorgente è libero di scavar nuovi canali, e, ove il credesse necessario, profondarne ed allargarne il letto, aumentarne o diminuirne il pendìo, o variarne la forma. Senonchè per evitare ogni danno agli altrui fondi, alle altrui sorgenti od altrui acquedotti, deve oltre le distanze stabilite dall'articolo 575, osservare quelle distanze maggiori ed eseguire le opere all'uopo necessarie.

Sorgendo delle contestazioni fra i due proprietari l' autorità giudiziaria esaminerà i vantaggi che possono derivare all'agricoltura od all'industria dall'uso dell' acqua; ed ove si convinca essere maggiori di quelli che il proprietario ricava dall'uso delle sue acque, farà in modo che si favorisca l'industria e si stabilisca la fabbrica che ha bisogno dell'acqua, dandosi al proprietario di questa quella indennità che sarà di ragione.

§ 190.° **Non è permesso di piantare alberi verso il confine del vicino** a distanze minori di quelle determinate dai regolamenti locali. In mancanza di questi, devono osservarsi le distanze seguenti: 1° tre metri per gli alberi di alto fusto. Sono reputati, quanto alle distanze, alberi di alto fusto quelli, il cui fusto o semplice o diviso in rami sorge ad altezza notabile, quali sono i noci, i castagni, le querce, i pini, i cipressi, gli olmi, i pioppi, i platani e simili: gli alberi di robinie, ed i gelsi della China sono equiparati per le distanze agli alberi di alto fusto; 2° un metro e mezzo per gli alberi di non alto fusto. Sono riputati alberi di non alto fusto, quelli il cui fusto, sorto a breve altezza si diffonde in rami, quali sono i peri, i meli, i ciriegi, ed in generale gli alberi da frutto non indicati al num. 1°, ed altresì i gelsi, i salici, le robinie a ombrello ed altre simili; 3° un mezzo metro per le viti, gli arbusti, le siepi vive, i gelsi tenuti nani, ed anche per le piante da frutto tenute nane od a spalliera e ad altezza non maggiore di due metri e mezzo. La distanza sarà però di un metro qualora le siepi sieno di ontano, di castagna o di altre simili piante che si recidono periodicamente vicino al ceppo, e di due metri per le siepi di robinie. Le distanze anzidette non sono necessarie, qualora il fondo sia separato da quello del vicino con un muro proprio o comune, purchè le piante sieno mantenute in modo da non eccedere l'altezza del muro (art 579). Comunque il proprietario in conseguenza del suo diritto dominicale possa piantare gli alberi dove meglio crede; pure la legge per tutelare gl'interessi del vicino, in mancanza di regolamenti locali, prescrive una distanza secondo la qualità e natura degli alberi, e ciò per evitare che il fogliame degli alberi di un proprietario occupi l'aria del fondo vicino a danno dell'altro.

È disputa tra dotti il sapere se in taluni luoghi essendovi l'uso costante di non osservare alcuna distanza, possa invocarsi quella della legge. Il Pardessus è di parere affermativo. Egli dice se fosse possibile che in qualche luogo si trovasse l'uso costante di non osservare alcuna distanza, questo non sarebbe osservato. La distanza degli alberi è come la necessità dei muri di chiusura; la legge la esige per principio; veruna cosa può autorizzare a sottrarvisi, neppure l'uso antico di non conservarne alcuna; dapertutto dove esiste un tale uso deve dirsi abolito, e quindi conviene confermarsi per le distanze alla regola della legge. Noi, mentre accettiamo la stessa teorica, ove si trattasse di usanze anteriori al codice civile, non vogliamo omettere di osservare, che se invece vi fossero regolamenti scritti per effetto dei quali si determinasse di potersi piantare senza osservare alcuna distanza, dovrebbero codesti regolamenti essere osservati, poichè rimettendosi la legge ai medesimi divengono obbligatori per lo stesso comando della legge. Solo in mancanza di essi devono osservarsi le distanze di sopra enunciate.

Se il fondo è prossimo alla strada pubblica la piantagione degli alberi non può del pari farsi verso il confine, poichè se manca l'oggetto

della legge, cioè il danno che i rami arrecano al potere vicino, vi è il danno maggiore che si arreca ingombrando la strada con fastidio ai viandanti e pericolo per coloro che transitano nelle vetture.

§ 191.° Per le piante che nascono, e pei piantamenti che si fanno nell'interno dei boschi verso i rispettivi confini o lungo le sponde dei canali, o lungo le strade comunali, senza impedimento del corso delle acque e dei passaggi, si osserveranno in mancanza di regolamenti gli usi locali, e solo in mancanza di questi le distanze sopra stabilite (art. 580). Per effetto della presente disposizione, se mancano regolamenti forestali od usi locali che riflettono le piantagioni che si fanno nell' interno dei boschi o le piante che vi nascono spontaneamente, devono osservarsi le distanze prescritte dall'articolo 579. Dicasi lo stesso per le piantagioni che si mettono lungo le sponde dei canali o le strade comunali. Quanto alle strade nazionali bisogna riscontrare la legge su le opere pubbliche (art. 69 a 71).

§ 192.° Il vicino può esigere che si estirpino gli alberi e le siepi che si piantassero o nascessero a distanze minori di quelle determinate negli articoli precedenti (art. 581). Il diritto di fare abbattere gli alberi e le siepi che si piantassero o nascessero a distanze minori di quelle determinate dalla legge è imprescindibile; altrimenti dopo trent'anni si sarebbe perduto il diritto di agire, e se gli alberi piantati ad una distanza minore venissero a perire, il proprietario potrebbe surrogarvi altri alberi giovani senza che il vicino potesse opporsi alla novella piantagione, trovandosi già costituita la servitù a suo danno; nè questa si estingue con la morte dell'albero, poichè le servitù sono tra fondo e fondo, e non cessano per la vetustà o per qualche altro accidente che rende necessaria la surrogazione degli alberi o la ricostruzione della cosa. Nondimeno se intercedesse fra la morte degli alberi ed il nuovo piantamento un tempo atto ad operare la prescrizione, il vicino ha il diritto di opporsi, poichè per essa il suo fondo è liberato dalla servitù. Questo parere da noi espresso non è accettato da quegli scrittori, i quali fondati sulla massa *tantum possessum quantum praescriptum*, credono che il proprietario non possa operare il rimpiazzo degli alberi periti sul motivo che il possesso dura quanto la cosa. Ma egli è facile comprendere la inesattezza di siffatto ragionamento, poichè il possesso trentenario consolida il diritto che prima non esisteva che solo in potenza e nel nudo fatto del possesso. Se la piantagione è perita non è certo perito il fondo sul quale può essere surrogata la nuova; epperò manca quel totale perimento della cosa che è causa di estinzione della servitù.

§ 193.° Quegli sul cui fondo si protendono i rami degli alberi del vicino, può costringerlo a tagliarli, e può egli stesso tagliare le radici che si addentrino nel suo fondo, salvo però in ambidue i casi i regolamenti e gli usi locali quanto agli ulivi (art. 582). Quanto ai rami sporgenti sul fondo altrui, il proprietario dee esperimentare il suo diritto nei modi ordinari, e se colui che vi è obbligato non vuole re-

ciderli, in tal caso le spese cederanno a suo carico esclusivo. Gli è però interdetto di recidere di propria autorità i rami che s'innoltrano nel proprio fondo, poichè la diramazione e il troncamento dei rami potrebbe farsi fuori stagione e senza le regole della putagione da causare la morte dell' albero. Escluso il diritto di chiedere la recisione dei rami, non può competerne altro al vicino, come ad esempio quello di far suoi i rami che si tagliano, ovvero i frutti, giusta la vecchia regola che l'albero dove pende la rende. Oggi non è più lecito di mettere in dubbio la dottrina da noi esposta, stante la regola che l' accessorio segue il principale, per effetto della quale il padrone dell' albero dev' essere del pari padrone del frutto, e stante la servitù legale (arg. art. 592) di doversi prestare il passaggio nel fondo proprio al vicino che deve raccogliere il frutto, non diversamente che stabilivano i Romani (1); salvo sempre il pagamento dell' indennità pel danno che si può commettere nel fondo altrui.

Circa i rami che s'innoltrano nel fondo del vicino, questi può sempre farli recidere, poichè è quasi impossibile determinare l' epoca in cui hanno incominciato ad estendersi sul fondo. D' altronde estendendosi sempre più in ogni anno, diventano sempre più germoglianti, ed i loro periodici rampolli operano che la prescrizione non si acquisti giammai per tutto il tempo della durata: epperò torna impossibile distinguere la porzione prescritta, da quella che non lo è.

Al contrario non è vietato recidere le radici che s' innoltrano nel proprio fondo, non potendo derivare alcun danno da siffatta recisione. Il legname delle radici che s' innoltrano nel proprio fondo spetta al proprietario del terreno per diritto di accessione, eccetto per la parte sporgente nel terreno del proprietario dell' albero.

Dalla regola enunciata devono rimanere salvi i regolamenti e gli usi locali quanto agli ulivi, essendo le piante di essi tenute in maggior pregio rispetto alle altre, e sarebbe pericoloso recidere i rami e le radici senza regola alcuna. Nel caso che manchino i regolamenti e gli usi locali quanto agli ulivi, saranno osservate le stesse regole stabilite con gli articoli 581 e 582.

§ IV.

Della luce e del prospetto.

§ 194.° Le servitù delle quali tratteremo nel presente paragrafo concernono il *lume*, la *veduta* ed il *prospetto*. Dicesi *lume* ogni apertura che dà l' aria della quale manca, o rende luminoso l' interno di un fabbricato, come una stalla, un camerino, una stanza, senza che procuri vista esteriore. Intendesi per *veduta* quella che non solo procura la luce interna del luogo, ma è diretta a procurare le vista fuori dell'edificio. Chiamasi servitù di *prospetto* l'obbligo esistente a carico del

(1) L. unica Dig. de glande legenda.

vicino di nulla intraprendere che possa nuocere alla visuale libera dell'altrui edificio, sia fabbricando, sia elevando tende o piantando alberi che impediscono la vista. La servitù di veduta è più ampia, poichè distendesi a tutti i casi nei quali non vi ha prospetto. Le enunciate differenze non erano ignote ai Romani: *Lumen id est ut coelum videret, et interest inter lumen, et prospectum. Nam prospectus etiam se inferioribus locus est, lumen ex inferiori loco esse non potest* (1). Vediamo in qual modo la legge regola ciascuna delle dette servitù, secondo le diverse circostanze.

§ 195.° Un vicino non può senza il consenso dell' altro fare nel muro comune una finestra od altra apertura, neppure con invetriata fissa (art. 583) per la ragione che il muro comune ha la destinazione di chiudere un fondo ed appoggiarvi le costruzioni, eccetto ogni altro uso diverso. Quegli adunque che vuole praticarvi delle aperture deve provvedersi del consenso dell'altro proprietario, e la cui richiesta è di rigore; nè vi si può supplire altrimenti, non essendo qui il caso di un incavo nel corpo del muro, ma di aprirlo interamente, e servirsi anche della parte di spettanza del vicino : anche per diritto romano si osservava la stessa regola, poichè la proprietà comune non poteva essere usata da un solo condomino a pregiudizio dell'altro: *Eos qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo iure finestras immisisse respondi* (2).

Il divieto della legge essendo generale si applica così ai muri che dividono case o appartamenti, come a quelli che dividono terreni. Nondimeno è d'uopo avvertire rispetto ai primi, che il proprietario del muro comune non può impedire simili aperture all'altro condomino che l'avesse innalzate a proprie spese. Ma se vengasi ad acquistare la comunione del muro e si trovino già aperte le finestre ed altri vani, è naturale che deve chiuderli; altrimenti basterebbe l'apertura di un vano qualunque per impedire la comunione forzata del muro (3).

§ 196.° Passando la legge a segnare le regole a seguirsi per le finestre o luci sul muro non comune, stabilisce che il proprietario di un tal muro contiguo al fondo altrui può aprire in questo muro luci o finestre con inferriate ed invetriate fisse, e quali finestre devono essere munite di una grata di ferro, le cui maglie non abbiano apertura maggiore di un decimetro (4) o di un telaio ad invetriata fissa. Senonchè tali finestre non impediranno al vicino di acquistare la comunione del muro; egli però non potrà chiuderle se non appoggiandovi il suo edifizio (art. 584). Il proprietario di un muro che non sia comune ha il diritto di farvi tutte le aperture che crede di suo interesse; ma la circostanza della vicinanza all'altrui proprietà gl' im-

(1) L. 16 Dig. de servit. praed. urb.
(2) L. 40 Dig. de servit. praed. urb.
(3) Vedi in questo stesso senso Goupy, Desgodets, Valin e Delvincourt. Nel senso contrario Toullier. Pardessus, Merlin ed Arcieri.
(4) Quattro decimi dell'antica misura di queste nostre provincie.

pone dei sacrifici che altri avrebbe fatti per lui nel caso analogo. Di qui la necessità di segnare talune precauzioni, onde il vicino non rimanga offeso nella sua proprietà, sia con l' importunità degli sguardi, sia col getto delle immondezze, sia in altro modo qualunque. Ma il vicino pel diritto della contiguità può acquistare la comunione del muro, ed in tal caso il proprietario primitivo dee chiuderle; nè a questo diritto è di ostacolo la prescrizione, poichè le luci aperte s' intendono esistere al di là dei trenta anni per tolleranza del vicino che non ha domandato la comunione del muro, non mica per servitù già imposta. (1)

La legge usando la parola generica di fondo, è indifferente che il muro proprio, cioè non comune, corrisponda verso un cortile, un giardino, o qualsiesi altro fondo.

Alla regola enunciata si apportava l'eccezione giusta il Real Dispaccio del 23 dicembre 1786 per le servitù d'introspetto, verso i monisteri e reclusori di donne, ed ogni nuova fabbrica con la quale si togliesse l'aria o il lume alle claustrali. Anche dopo la pubblicazione delle leggi napolitane del 1819 furono ritenute per vietate le anzidette servitù giusta il rescritto del 24 marzo 1821. Di poi col decreto 18 novembre 1823, si prescrisse nel seguente modo: È proibito di fabbricare o fare innovazioni nei fondi e luoghi privati in tutta quella distanza, donde possa essere introspetto nei palazzi, casini ed edifici di regio uso. I proprietari degli enunciati fondi, i quali volessero fare tali innovazioni dovranno ottenerne prima il nostro reale permesso per via della segreteria e ministero di Stato di casa reale e degli ordini cavallereschi (art. 1). E per effetto dell'altro decreto del 21 giugno 1826 si stabilì nel modo qui presso:

Art. 1. È vietato a tutti i proprietari di edifici vicini o quelli dei monasteri e de' conservatori di tutela o di educazione di donne, anche quando i predii fossero intersecati da strade, di costruire logge, di aprire finestre, e qualunque campo di luce, per cui direttamente ed obbliquamente vengono scoverti i siti interni dei monasteri e de' conservatorii stessi. Per questa specie di servitù non si darà luogo alle regole della distanza, ma all'unica condizione dell'introspetto (art. 2).

Qualora i proprietari degli edifici vicini ai monasteri e conservatorii di tutela o di educazione di donne volessero illuminare stanze o luoghi servienti, saranno loro permesse le aperture alle altezze e con le cautele prescritte dagli art. 597 e 598 delle ll. civ.

Col real decreto dei 15 gennaio 1831 si proibì di avere introspetto nelle case di pubblica educazione, ove gli alunni stavano permanentemente e vi pernottavano; come pure nelle case religiose fissamente destinate per abitazione e per uso dei novizi, e nelle altre dette *studentati* dove dimorano i giovani per fare gli studi monastici secondo la costituzione di ogni ordine (art. 1).

In seguito col decreto dittatoriale del 1860 furono abrogate tutte le enunciate disposizioni, che creavano speciali proibizioni a favore dei monasteri, impedendo lo sviluppo delle più belle proprietà in queste no-

stre provincie, e bene spesso senza veruna utilità reale a favore dei monasteri. A questa legge, come era di ragione, perchè di pubblico interesse, si diè anche effetto retroattivo, e si comandò che la stessa cosa giudicata non era di ostacolo per aprire quelle luci che ben si potevano dischiudere giusta il diritto comune, e che i magistrati avevano chiusi per omaggio alla legge speciale, senza che per altro si potesse pretendere quello che si era dato o pagato per tal causa da una parte all'altra.

§ 197.° Le luci o finestre delle quali è parola nell'articolo 584 non si possono aprire ad un'altezza minore di due metri e mezzo sopra il pavimento o suolo del luogo che si vuole illuminare, se è al pian terreno, e di due metri se è nei piani superiori. L'altezza di due metri e mezzo dal suolo deve sempre osservarsi anche dalla parte che ha sguardo sul fondo vicino (art. 585). Pei piani superiori non si poteva adottare una stessa altezza, atteso che le stanze superiori ordinariamente hanno minore elevazione delle stanze a pian terreno. Sotto questo nome s'intende il suolo o la parte di sopra del pavimento, delle strade, dei cortili, giardini, ec... Se poi le aperture formate dal vicino non sono secondo le regole della legge, come ad esempio se mancano della grata di ferro, o sono prive della invetriata fissa, od a minore altezza dal pavimento, dovendo considerarsi quali aperture atte a costituire la servitù del *lume* o dell'*introspetto*; e poichè sono servitù continue ed apparente possono acquistarsi sia per virtù di titolo, sia di prescrizione, sia per la destinazione del padre di famiglia. Egli è quindi necessario che il vicino sia vigile e reclami fra l'anno in via semplicemente possessoriale; altrimenti trascorso l'anno dalla formazione della finestra, dee agire in petitorio per fare dichiarare il suo diritto di avere il fondo esente dalle servitù di lume e d'introspetto e far chiudere la finestra; ma dopo i trent'anni è inutile ogni reclamo.

§ 198.° Chi ha innalzato il muro comune non può aprire luci o finestre nella maggiore altezza a cui il vicino non ha voluto contribuire (art. 586). Abbiamo di già osservato che nel muro comune non possono aprirsi le finestre od altre aperture neppure con invetriata fissa (art. 583). Con la presente disposizione si aggiunge che quegli il quale ha innalzato il muro comune non può nella maggiore altezza aprir luci o finestre, come se fosse comune dalle fondazioni fino alla sommità alla quale vedesi portato il sopralzamento al quale il vicino non ha voluto contribuire. Nel diritto nostro anteriore non eravi apposita disposizione concernente le luci da aprirsi nel sopralzamento del muro comune, e la maggior parte degli scrittori avvisava per l'affermativa, fondandosi sul silenzio della legge, e giustamente, non ammettendo interpetrazioni estensive le disposizioni relative alle servitù. Al contrario il codice italiano, riproducendo l'articolo 610 del codice albertino, stabilisce la regola opposta.

§ 199.° Dal medesimo principio di rispetto per la proprietà del vi-

cino emerge come corollario che non si possono aprire vedute dirette o finestre a prospetto, nè balconi od altri simili sporti verso il fondo chiuso o non chiuso, e neppure sopra il tetto del vicino, se tra il fondo di questo ed il muro in cui si fanno le dette opere, non vi è la distanza di un metro e mezzo. Ma il divieto cessa allorquando vi è tra le due proprietà una via pubblica (art. 587). La disposizione corrisponde all'art. 599 delle leggi napolitane abolite, le quali portavano la distanza a palmi dodici. Essa è tratta dal diritto romano: *Domum suam reficere uniusque licet, dum non officiat invito altero, in quo ius non habet.* Se per effetto del diritto di proprietà ciascuno può fare su la sua cosa tutto ciò che gli piace, in tal caso èvvi un limite per non soggezionare l'altrui proprietà. Senonchè il divieto non costituendo una legge di ordine pubblico, può essere modificato con le particolari convenzioni.

Siffatte vedute si possono acquistare o per titolo o in virtù della prescrizione. Nel primo caso è il titolo che precisa la estensione della servitù, cioè il numero delle aperture, la loro ampiezza e distanza; nel secondo caso ha luogo la massima *tantum praescriptum quantum possessum*, in virtù della quale il proprietario che gode della servitù non può esercitare che i diritti già acquistati e fino alla estensione dei medesimi, dovendo pel dippiù ritornare le cose allo stato anteriore; salvo il caso che non sia compiuta la prescrizione per la maggiore estensione del diritto che si contende.

Si badi che la distanza del metro e mezzo deve misurarsi dalla linea di separazione delle due proprietà dal confine. Sicchè riunite le disposizioni degli articoli 571 e 587 risulta chiaro che la distanza di tre metri deve sempre intercedere tra due edifizi ed anche tra muri di semplice cinta. Il proprietario quindi di un fondo chiuso o non chiuso che voglia innalzare una fabbrica sul proprio suolo, dee allontanarsi dalla linea di confine un metro e mezzo, tutte le volte che di fronte allo stesso confine si trovi altra fabbrica lontana dal medesimo un metro e mezzo. Se i due fondi a confine sono tutti e due aperti ed inedificati, allora colui che intende edificare lo può fare ad un metro e mezzo dal confine, ed anche ad un metro, ovvero su la stessa linea di confine; ma in tal caso, giusta le cose innanzi osservate, il vicino può chiederne la comunione e poggiarvi il suo edifizio. Invece il metro e mezzo che egli lascia lo esime da siffatto obbligo, e gli dà inoltre il diritto di aprire i vani a prospetto, i quali, ove il vicino vuole anche egli edificare si trovano lontani dalla nuova fabbrica per metri tre, essendo anche egli obbligato di lasciare la distanza di un metro e mezzo dal confine della sua proprietà. In conseguenza di che resta senza ragione la doglianza di coloro, i quali leggendo l'art. 587 senza coordinarlo con le precedenti regole dalla legge fissate con gli art. 570 e 571, trovano molto breve la distanza del metro e mezzo prescritta dal primo dei citati articoli; mentre al di là del metro e mezzo la legge suppone il fondo sgombro, inedificato, e

quindi l'aria e la luce non mancano al certo; ma quando diventerà edificato con il fondo limitrofo del vicino, dovendo egli allontanarsi al modo stesso di colui che ha fabbricato prima col metro e mezzo, si trovano tre metri che corrispondono presso a poco ai dodici palmi fissati dall'art. 599 delle nostre abolite leggi civili del 1819.

Il divieto cessa allorquando tra due fondi vi è la strada pubblica, tornando utile che su la stessa si aprano le finestre per avvertire i passaggieri che essi sono sotto l'occhio del pubblico. D'altronde ove dovessero sorgere dei muri ciechi tra le vie di un paese o di una città, il loro aspetto farebbe orrore e sarebbe fomite di delitti e di insicurezza ai viandanti.

Quando poi rimpetto a colui che intende aprire vedute dirette, nell'opposto lato della strada vi esiste altra fabbrica provveduta di finestre o balconi, non è impedito di aprire le finestre al luogo stesso, nè può obbligarsi il proprietario ad allontanarsi per tre metri; altrimenti la disposizione avrebbe un'applicazione ben rara quando dovesse essere limitata alla semplice formazione del muro cieco senza la distanza dei tre metri. Solo sarà interesse di chi vuole aprire la nuova finestra di non metterla di fronte all'altra, poichè in tal modo rende soggezionata anche la propria casa; ma questa regola di condotta può essere consigliata dai prudenti siccome utile ai due vicini; ma non dee essere imposta dal giudice contro la parola della legge.

§ 200.° Non si possono parimenti aprire vedute laterali ed oblique sul fondo del vicino, se non vi è la distanza di mezzo metro. Cessa però questo divieto, quando la veduta laterale ed obbliqua sul fondo del vicino formi nello stesso tempo una veduta diretta su la via pubblica; ma devono in tal caso osservarsi i regolamenti locali (art. 588). L'obbietto di questa disposizione è simile a quello enunciato nella precedente, cioè la sicurezza e tranquillità dei cittadini e il bisogno di non rendere suggezionate le rispettive abitazioni. Diconsi vedute laterali od oblique se per vedere la casa del vicino o il suo fondo è mestieri affacciarsi e volgere il capo da uno dei lati; in tal caso la proprietà forma un angolo con quella del vicino che può essere *retto* o uno dei supplementari. L'apertura per dirsi laterale ed obbliqua dee presentare la forma di una finestra, cioè quella che non va fino al suolo della stanza, ed è difesa da un davanzale; avvegnachè il balcone essendo provveduto di marmo o piperno sporgente fuori della faccia esterna del muro e difeso intorno da ringhiera di ferro, dà il comodo di uscirvi, dì camminarvi come si farebbe in una stanza, e guardare dovunque comodamente.

Secondo il diritto romano si riconosceva nei primi tempi il principio che ciascuno potendo fare sul proprio fondo tutto quello che gli aggradiva, poteva pure fabbricare in guisa da togliere la veduta al suo vicino, al quale non era dato per questo di muovere querela. Senonchè concedendosi questo diritto al proprietario non potevasi vietare al vicino di elevare egli un altro muro e togliere la molestia che gli

veniva dal fatto del primo. Or a cessare questi continui conflitti fu emessa la costituzione dell' imperatore Zenone, con la quale si stabilì di non potersi edificare aprendo vedute nel fondo del vicino se non vi fosse una certa distanza, che doveva essere di dodici piedi dall'edifizio del vicino, e se a costui toglievasi la veduta del mare bisognava fabbricare a cento piedi di distanza (1).

§ 201.° Quanto alla norma per computare la distanza, è d' uopo distinguere se si tratti di vedute dirette o di quelle laterali ed oblique. Nel primo caso la distanza si misura dalla faccia esteriore del muro, e, se vi sono balconi od altri simili sporti, dalla loro linea esteriore sino alla linea di separazione dei due fondi. Nel secondo caso si misura dal più vicino fianco della finestra, o dal più vicino sporto sino alla detta linea di separazione (art. 589). La linea di separazione è quella ove i due fondi si toccano, sia pure una fabbrica l'uno, ed un suolo aperto o chiuso l'altro; ed è questa linea uno dei punti estremi della proprietà; l' altro estremo è la esterna faccia del muro ove è l'apertura fatta o che intende farsi, come ad esempio sarebbe la ginella sporta in fuori, la quale forma rivestimento del davanzale della finestra, sola apertura che costituisce la veduta laterale.

Allorchè la linea di separazione è un muro comune, la distanza si misura fino alla linea che forma il mezzo della spessezza del muro. Se il muro appartiene intieramente a colui che ha aperte le vedute, si misura fino alla facciata esteriore. Se in seguito il vicino acquistasse la comunione del muro, non potrebbe far chiudere le vedute sotto pretesto che non siesi conservata la distanza: ma se la fabbrica nella quale quelle si trovano fosse distrutta e si volesse ricostruire, bisognerebbe osservare la distanza prescritta dalla legge.

§ 202.° Quando per convenzione od altrimenti siesi acquistato il diritto di avere vedute dirette o finestre a prospetto verso il fondo vicino, il proprietario di questo non può fabbricare a distanza minore di tre metri, misurata come nell' articolo precedente (art. 590). Il legislatore contempla in questa disposizione il caso di una fabbrica ove esistono vedute dirette o finestre a prospetto, la quale si trovi a confine con un fondo inedificato. Se il proprietario di questo fondo vuole fabbricare a rimpetto del muro ove esistono le finestre, è obbligato di allontanarsi da quelle per tre metri, i quali devono misurarsi dallo sporto dei *nuovi vani* fino alla linea di separazione dei due fondi. Se poi vi sono balconi dalla parte già edificata, ed altri se ne vogliono fare nella nuova fabbrica la distanza deve essere misurata dai rispettivi sporti: anche quando la nuova fabbrica sia priva di vani, come un muro cieco, deve osservarsi la stessa distanza, imperciocchè la legge non fa alcuna distinzione al riguardo.

Finalmente se la casa non ha vedute dirette, ma sia fornita di prospetto rispondente ad una terrazza, colui che fabbrica non deve allon-

(1) L. 8 § 5. Dig. de serv. e 12 Cod. de cred. priv.

tanarsi tre metri, poichè la terrazza anche munita di ginellatura non costituisce una servitù d'introspetto sul fondo vicino, servendo quella di semplice garentia alla terrazza, e non può impedire che il vicino acquisti la comunione del muro, ed appoggi su lo stesso le sue fabbriche.

§ V.

Dello stillicidio.

§ 203.° Abbiamo veduto precedentemente che i fondi inferiori sono soggetti a ricevere le acque che scolano naturalmente, e senza fatto del proprietario del fondo superiore. Al contrario lo stillicidio è la conseguenza della mano dell'uomo, che facendo cadere le acque nel fondo del vicino, si costituisce per tal modo la servitù che dicesi di *stillicidio*. La legge imponendo un altro giusto limite all'altrui proprietà per tutela dei dritti del vicino, stabilisce che ogni proprietario deve costruire i tetti in maniera, che le acque piovane scolino sul suo terreno o su la via pubblica in conformità ai particolari regolamenti, e non può farle cadere sul fondo del vicino (art. 591). Egli è giusto che chi fabbrica una casa all'estremità del suo terreno deve lasciare uno spazio atto a ricevere le acque le quali cadono dal tetto, e disporle in modo da non arrecare danno al vicino. La legge non ha indicato questo spazio che può variare a tenore dell'altezza dell'edificio, o di altre circostanze dello stillicidio. Epperò in caso di disputa, sarà determinato dal magistrato dietro il parere dei periti. Se poi in violazione della legge si sono costruiti i tetti in modo che le acque scolino nel fondo del vicino, e costui non è stato vigile di far rimettere le cose nello stato normale, si costituisce una servitù a suo danno, ove sieno decorsi anni trenta dalla formazione dei tetti o dalla loro ricostruzione in guisa da portare le acque nel fondo del vicino.

La servitù di stillicidio appartenendo alla classe delle continue ed apparenti, si può acquistare per titolo o per prescrizione, o per destinazione del padre di famiglia.

Nel diritto romano se le acque cadevano a gocce a gocce, la servitù si diceva stillicidio (*servitutem stillicidii*); se poi le acque si riunivano in canali o rivoli si chiamava servitù di fiume (*fluminum*).

La estensione della servitù di stillicidio si riconosce dal titolo o dalla prescrizione secondo che nell'uno o nell'altro modo è costituita. Ma se si acquista col mezzo della prescrizione, per determinare la sua estensione si applica la massima *tantum praescriptum*, *quantum possessum*.

§ VI.

Del diritto di passaggio e di acquedotto.

§ 204.° Esamineremo sotto questo paragrafo: 1° del diritto di accedere nell'altrui fondo per ricostruire o riparare un'opera qualunque; 2° della servitù necessaria di passaggio; 3° di quella di acquedotto; 4° del diritto di prosciugare o bonificare le proprie terre.

§ 205.° Ogni proprietario deve permettere l'accesso od il passaggio nel suo fondo, sempre che ne venga riconosciuta la necessità, affine di costruire o riparare un muro od altra opera propria del vicino od anche comune (art. 592). Egli avviene del continuo di doversi accedere nell'altrui proprietà, affine di costruire o riparare un muro proprio od un'opera comune col vicino, e dovevasi provvedere di concedere l'accesso nel caso d'ingiusto rifiuto di costui, col quale è molto frequente il disaccordo. E, sarebbe stato strano veramente, che sul concetto esagerato del dominio del vicino, si fosse negato all'altro proprietario la ricostruzione o il miglioramento della sua proprietà. Intanto può avvenire che il passaggio e la costruzione dell'opera apportino nocumento alla proprietà del vicino, sia devastando una zona di seminato, sia deteriorando muri o dipinture dello stesso, ed è regolare che sia rivaluto di ogni danno (art. 594).

§ 206.° Il proprietario, il cui fondo è circondato da fondi altrui, e che non ha uscita sulla via pubblica, nè può procurarsela senza eccessivo dispendio o disagio, ha diritto di ottenere il passaggio sui fondi vicini per la coltivazione ed il conveniente uso del proprio fondo. Questo passaggio deve stabilirsi in quella parte per cui il transito del fondo circondato dalla via pubblica sia più breve, e riesca di minor danno al fondo su cui viene concesso. La stessa disposizione può applicarsi a chi avendo un passaggio nei fondi altrui, abbisogni al fine suddetto di ampliarlo (art. 592). Nell'antica legislazione romana non eravi alcuna legge che contenesse una simile disposizione, eccetto che in favore dei sepolcri; ma in seguito il bisogno e l'equità la fecero estendere agli altri casi. Il dritto romano riconobbe tre specie di servitù di passaggio, l'*iter*, l'*actus*, la *via*. L'*iter* era un semplice sentiero percorso dagli uomini a piedi; l'*actus* un viottolo pel transito degli uomini e degli animali; la *via* era una strada che in sè cumulava l'*iter* e l'*actus* e permetteva anche il transito coi veicoli. Secondo il nuovo diritto, può concedersi l'una o le altre delle anzidette tre specie di servitù, e la indennità sarà proporzionata secondo l'ampiezza della servitù che si accorda.

Malgrado il disposto delle leggi anteriori così di Francia come d'Italia, per le quali non poteasi concedere la servitù necessaria di passaggio se non quando mancava ogni uscita su la via pubblica; pure

si quistionava sempre se codesta servitù potesse invocarsi soltanto nel caso di assoluta mancanza del passaggio, ovvero nel caso che esistesse bensì, ma fosse molto disagioso od arrecante dispendio. L'opinione degli scrittori era divisa come per lo più accade in simili casi. Gli uni muovendo dalla considerazione che la legge parlava tassativamente della mancanza assoluta di passaggio, e che le servitù essendo per loro natura odiose, non era lecito d'estendere la disposizione al di là dei termini nei quali era formolata, sostenevano la negativa. Altri appoggiandosi sulla ragione della legge, sull'equità che merita sempre tutto ciò che favorisce l'agricoltura ed il maggior utile dei fondi, propugnavano l'affermativa. La giureprudenza era divisa nello stesso modo e per le medesime considerazioni. Epperò fu savio divisamento della legge imperante di decidere la disputa nel senso più favorevole all'agricoltura, e stabilire che s'abbia sempre diritto al passaggio, sia che manchi del tutto, sia che si presenti molto disagioso per accedere su la pubblica via, come se si dovesse scendere per dirupi, ovvero attraversando vie lunghe, dirute o pantanose.

Egli è naturale che obbligandosi il vicino a soffrire la servitù necessaria di passaggio, deve avere una indennità proporzionata, non potendo alcuno essere espropriato della sua proprietà in tutto od in parte senza una preventiva e proporzionata indennità (art. 438). È naturale che nel caso di disaccordo l'autorità giudiziaria, dietro il parere dei periti, nel dichiarare il luogo e modo onde la servitù dee prestarsi, fisserà la somma per la indennità.

Il passaggio dal fondo alla via deve stabilirsi in quella parte per cui il transito sia più breve, e riesca di minor danno al fondo servente. Epperò è opinione di scrittori accreditati, alla quale volentieri aggiungiamo la nostra, che se il fondo che offrisse un transito più breve, fosse un giardino, un recinto, un edifizio, non sarebbe giusto rivolgersi al proprietario di siffatto luogo; ma se l'azione si dirigesse ad un altro vicino, del quale il terreno aperto fosse meno prezioso ed offrisse un transito più lungo, questi non sarebbe ammesso ad invocare per ricusarsi il testo rigoroso della legge.

La servitù di passaggio tuttochè rilevata da segni esteriori, come un sentiero, un cancello, una porta, conserva il carattere di servitù discontinua, e non può acquistarsi se non in virtù di titolo o di sentenza del magistrato competente allorchè riconosce la necessità di doversi concedere. Il diritto di chiedere il passaggio non va soggetto a prescrizione; ma si prescrive la indennità che è stata accordata al proprietario del fondo servente, sia con la sentenza del giudice, sia con la convenzione delle parti (art. 597).

Non si confonda la servitù discontinua di passaggio con la comproprietà di una via che si dice comune, poichè nel primo caso non sarebbe ammessa l'azione possessoriale; mentre dee dirsi il contrario nel secondo caso, non trattandosi qui di servitù, ma di disturbo su la cosa comune.

§ 207.° Se il fondo divenne da ogni parte chiuso per effetto di una vendita, permuta o divisione, i venditori, permutanti o condividenti sono tenuti a dare passaggio senza alcuna indennità (art. 595). Questa disposizione è tratta dall'articolo 619 del codice albertino e dall'articolo 585 del codice estense. Essa elimina l'inconveniente che pel solo fatto dei proprietari di un fondo che viene in seguito diviso, o di alcuni di essi si dovessero chiedere ai proprietari vicini tanti passaggi quante sono le porzioni del fondo diviso. Egli è quindi opportuno che i venditori, i permutanti ed i condividenti tengano presente nella contrattazione il bisogno del fondo, che rimanendo chiuso, e non avendo più uscita diretta su la via pubblica, ha bisogno dagli altri il passaggio senza alcuna indennità; il che li richiamerà a valutare esattamente le porzioni dei fondi che restano soggezionati per effetto della servitù di passaggio da prestarsi da una o più quote dello stesso fondo diviso.

§ 208.° Il passaggio concesso ad un fondo circondato, se cessa di essere necessario per la riunione di esso ad un altro fondo contiguo alla via pubblica, può essere soppresso in qualunque tempo ad istanza del proprietario del fondo servente, mediante la restituzione del ricevuto compenso o la cessazione dell'annualità che si fosse convenuta. Lo stesso ha luogo se viene aperta una nuova strada che riesca al fondo già circondato (art. 596). Questa saggia disposizione che è ispirata dall'interesse di render libero quel fondo che la sola necessità ha reso soggezionato, non può applicarsi che per la sola servitù necessaria di passaggio imposta per sentenza del giudice, non potendo essere chiesta la soppressione, siccome proponeva il senatore de Foresta, nei casi in cui il passaggio sia stato acquistato con la prescrizione o con altro modo legittimo. La soppressione può chiedersi in ogni tempo, nè è di ostacolo la prescrizione, cioè il possesso di trenta anni della servitù necessaria di passaggio, poichè la necessità di render libero il fondo non cessa mai, e perchè la legge considera il diritto di chiedere la soppressione delle servitù siccome un atto facultativo che non soggiace a prescrizione.

§ 209.° Ogni proprietario è tenuto a dar passaggio per i suoi fondi alle acque di ogni specie che vogliono condursi da chi abbia permanentemente od anche solo temporaneamente, il diritto di servirsene per le necessità della vita o per usi agrarii od industriali. Sono esenti da questa servitù le case, i cortili, i giardini e le vie ad esse attinenti (art. 598). La disposizione trova riscontro nell' art. 622 del codice albertino e 588 del codice estense. Non bisogna confondere la servitù di condurre un'acqua di cui parla questo articolo (*ductus aquae*) con la servitù di attingere o cavare acqua (*aquae haustus*). Ulpiano lo aveva di già avvertito con la seguente legge: *Sicut discretae sunt servitutes ductus aquae atque haustus aquae, ita interdicta separatim redduntur*. E Gotofredo alla parola *discretae* soggiunge: *Aquae ductus et aquae haustus servitutes discretae sunt, hoc est inter se differentes. Separatorum*

separata debet esse ratio et actio (1). In generale la servitù di condurre un'acqua è il diritto di dedurre dal fondo o canale altrui un'acqua trovata o da trovarsi per farla decorrere per via di pendenza, per dinotare la differenza tra la servitù di condurre acqua e quella di cavare acqua; perocchè in quest' ultima si trasporta l'acqua per via di recipienti o aspiranti, i quali la sollevano e separano dalla massa (2).

Non fa mestieri di essere proprietario del fondo ove vuole condursi l'acqua per la necessità della vita o per gli usi agrarii o industriali, nè fa mestieri esser proprietario delle acque da condursi per ottenere dalla legge il diritto di passaggio; avvegnachè questo diritto è accordato eziandio ai fittaiuoli. Sovente il proprietario non ha la volontà, nè i mezzi di migliorare i suoi fondi; viene un ricco fittaiuolo, che mediante una lunga locazione, s'incarica di renderli fertili con l'irrigazione, e prende a fitto dell'acqua che si vuole da lui condurre per gli altrui fondi; per qual ragione dovrebbe esserne impedito? Il testo della legge si presta ad una interpetrazione favorevole ai fittaiuoli, e niuno saprebbe tenere un opposta sentenza. L'articolo parla in modo espresso di chi abbia temporaneamente il diritto di servirsi dell'acqua e corrisponde all'articolo 604, nel quale si è previsto il caso, in cui si può domandare il passaggio per un tempo non maggiore di nove anni: sonovi inoltre ragioni più alte ed universalmente consentite, le quali vogliono cotesta interpretazione. I miglioramenti agrarii sono dovuti particolarmente al sistema di locazione a lunga durata. Se si negasse il diritto di passaggio al fittaiuolo, la sua industria, i suoi capitali sarebbero condannati all'inerzia, e gli effetti della libera circolazione dell' acqua non verrebbero a svolgersi che lentamente (3). Codeste osservazioni si applicano agli usufruttuarii. Non si creda che tutti costoro si assomigliano, e che essi non cerchino che godere. Coloro che vedono innanzi a loro un avvenire alquanto lontano, e che sono forniti di una certa intelligenza, non trascurano il miglioramento dei fondi. Se ad essi manca il danaro, è là il fittaiuolo pronto a fare il loro ed il proprio vantaggio.

L'esclusione delle case e delle località affini è molto ragionevole, poichè riguardo ad esse la servitù, oltre di essere di grave incommodo, poteva pregiudicare la sicurezza e la salute degli abitanti, malgrado le più diligenti precauzioni nella formazione dell'acquedotto; e di più tale servitù ne trova sempre un' altra più noiosa qual'è quella della frequente riparazione del canale o dell' acquedotto.

§ 210.° Chi domanda il passaggio deve aprire il necessario canale, senza che possa far decorrere le sue acque nei canali già esistenti e destinati al corso di altre acque. Ma il proprietario del fondo che sia anche proprietario di un canale in esso esistente e delle acque nel medesimo scorrenti potrà impedire che un nuovo canale sia aperto nel

(1) L. 1 § 1. Dig. de fonte.
(2) Romagnosi, Condotta delle acque, § 37 e 38.
(3) Giovanetti, *Du régime des eaux*, § 7 vol. 1.

suo fondo, offrendo di dare il passaggio alle acque nel canale medesimo, quando ciò possa praticarsi senza notabile danno di chi domanda il passaggio. In tal caso sarà dovuta al proprietario del canale un'indennità, da determinarsi avuto riguardo all'acqua introdotta, al valore del canale, alle opere che si rendessero necessarie pel nuovo transito ed alle maggiori spese di manutenzione (art. 599). Egli è giusto che colui che chiede il passaggio, deve costruire il canale necessario al corso delle acque, e gli è impedito servirsi di altro canale già esistente, e destinato al corso di altre acque. Senonchè nella esistenza di un canale, il proprietario del fondo contro il quale si chiede il passaggio delle acque, può impedire la formazione di un nuovo canale, quante volte si trova proprietario di un canale delle acque nel medesimo esistente, e può aprirlo come adatto al passaggio delle stesse senza notabile danno di chi domanda il passaggio. Se invece l'antico canale per la sua poca capacità non potesse contenere il volume di acqua che deve attraversarlo, non potrebbe evitarsi la formazione di un nuovo canale.

§ 211.° Deve anche permettersi il passaggio delle acque a traverso i canali ed acquedotti in quel modo che si riconosca più conveniente e adattato al luogo ed al loro stato, purchè non sia impedito, ritardato od accelerato, nè in alcun modo alterato il corso od il volume delle acque in essi scorrenti (art. 600). La disposizione è tratta dall'art. 624 del codice albertino, e dall'art. 513 del codice estense, nè trova riscontro nelle leggi francesi e nelle napolitane del 1819. Pel passaggio delle acque può bene accadere che il canale a ciò destinato incontri lungo il suo corso altro canale od acquedotto che necessita attraversare. In tal caso era regolare accordarsi la facoltà di farlo, ma era del pari regolare doversi permettere in modo da non impedire, ritardare od accelerare il corso delle acque scorrenti nell'antico canale, nè apportare alterazione al loro volume. In tal caso può il nuovo canale attraversare l'antico, mercè un *sifone*, cioè un braccio di canale sotterraneo, a tratti rettilinei, mercè il quale l'acqua discende da un lato, passa al di sotto dell'acquedotto esistente, e risale dal lato opposto per proseguire il suo corso.

§ 212.° Dovendosi per la condotta delle acque attraversare strade pubbliche, ovvero fiumi o torrenti, si osserveranno le leggi ed i regolamenti speciali sulle strade ed acque (art. 601). Nel caso che il novello canale dee attraversare strade pubbliche, bisogna riscontrare la legge del 20 marzo 1865 su le opere pubbliche, secondo la quale è stabilito che pei canali, pei fossi e per ogni altra escavazione da praticarsi nei terreni laterali, la distanza sarà uguale almeno alla loro profondità, partendo dal ciglio esterno del fosso stradale ove questo esiste, oppure dal piede della scarpa, se la strada è in rilevato: una tale distanza non potrà essere mai minore di tre metri, quantunque l'escavazione del terreno sia meno profonda (art. 68).

§ 213.° Chi vuole far passare le acque sul fondo altrui, deve giu-

stificare di poter disporre dell'acqua durante quel tempo per cui chiede il passaggio, che la medesima sia sufficiente per l'uso al quale è destinata; che il passaggio richiesto sia il più conveniente ed il meno pregiudizievole al fondo servente, avuto riguardo alle circostanze dei fondi vicini, al pendio, ed alle altre condizioni per la condotta, il corso e lo sbocco delle acque (art. 602). Le condizioni per ottenere il passaggio delle acque nel fondo altrui sono le seguenti: 1° la giustificazione di potersi disporre delle acque durante quel tempo per cui si chiede il passaggio; 2° che l'acqua sia sufficiente all'uso pel quale è destinata; 3° che il passaggio richiesto sia il più conveniente ed il meno pregiudizievole al fondo servente, avuto riguardo alle circostanze dei fondi vicini, al pendio ed alle altre condizioni per la condotta, il corso e lo sbocco delle acque. Se alcuna delle tre anzidette condizioni manchi, non può chiedersi il passaggio delle acque per l'altrui fondo, non essendo giusto di portare una modificazione così sensibile all'altrui diritto dominicale, quando il tutto si dovesse ridurre ad una molestia senza utilità reale a beneficio proprio e dell'agricoltura in generale.

Nel caso di disaccordo su la linea da stabilirsi per formare il passaggio, sarà questa determinata dal tribunale, previo il parere degli esperti, che la fisseranno nel punto più conveniente per chi domanda il passaggio dell'acqua, e nel tempo stesso meno pregiudizievole al fondo servente.

§ 214.° Prima d'imprendere la costruzione dell'acquedotto quegli che vuol condurre acqua per l'altrui fondo deve pagare il valore a cui saranno stati stimati i terreni da occuparsi, senza detrazione delle imposte e degli altri carichi inerenti al fondo, e col soprappiù del quinto, oltre al risarcimento dei danni immediati, compresi quelli derivanti dalla separazione in due o più parti, o da altro deterioramento del fondo da intersecarsi.

I terreni che venissero occupati soltanto per la riposta delle materie estratte e per il getto dello spurgo non saranno pagati che per la metà del valore del suolo col soprappiù del quinto, e sempre senza detrazione delle imposte e degli altri carichi inerenti; ma ne' terreni medesimi il proprietario del fondo servente può piantare od allevare alberi od altri vegetali, e rimuovere e trasportare le materie ammucchiate, purchè tutto segua senza danno del canale, del suo spurgo e della sua riparazione (art. 603). Se la legge per alte vedute di generale interesse autorizza nel caso enunciato di esercitare un diritto su l'altrui proprietà, era giusto che avesse obbligato colui che lo esercita a corrispondere al proprietario che lo subisce una indennità corrispondente. Inoltre la legge vuole che dal valore dei terreni occupati non si detraggano i carichi e le imposte inerenti al fondo; e ciò perchè nel caso enunciato non trattasi della cessione della proprietà, ma di una servitù, la quale, sia perpetua sia temporanea, costituisce sempre una modificazione all'altrui diritto di proprietà. D'altronde i pesi

inerenti al fondo servente restano a carico del proprietario ad onta di essersi resa improduttiva una zona del suo podere. Or se dal valore di questa si dovesse in proporzione detrarre la rata di pesi corrispondenti, si obbligherebbe il proprietario del fondo a pagare due volte la rata stessa. Il quinto del valore da darsi al proprietario del fondo servente, tende a compensarlo del grave sacrificio che soffre della perdita della libertà del fondo. La legge vuole inoltre che si risarciscano i danni immediati, compresi quelli derivanti della separazione in due o più parti o da altro deterioramento del fondo da intersecarsi. Il che esclude i danni eventuali dei quali è sempre incerta la determinazione. L'indennizzo per ogni altro deterioramento, mira specialmente a provvedere al danno dei così detti *sortumi* cagionati dall' infiltrazione delle acque e che talvolta si estendono assai lungi (1). Se poi l'acquedotto non corresse rilevato sul piano del territorio, ma invece sotterraneo in guisa da permettere la piantagione nel modo consueto, è chiaro che il compenso dee valutarsi giusta la seconda parte dell'articolo in esame, cioè la metà del valore, su la considerazione che il proprietario del fondo servente non risente che una semplice servitù di un acquedotto sotterraneo, e può a sua libertà sopra il suo corso allevare alberi, come qualunque altra vegetazione. Egli è vero che non potrebbe piantare alberi di grossa portata, poichè nel terreno occupato dall'acquedotto, attesa la sua poca profondità, non potrebbero allevarsi senza danneggiare le fabbriche dell'acquedotto ; ma è vero altresì che il proprietario del fondo servente può allevare semenzai , *piantonaie*, e servirsi in altro modo di quel terreno , soffrendo una semplice restrizione, non già una perdita della sua proprietà.

§ 215.° Ove la domanda del passaggio delle acque sia per un tempo non maggiore di nove anni, il pagamento dei valori e delle indennità di cui è cenno nell' articolo precedente , sarà ristretto alla sola metà, ma con l' obbligo, dopo scaduto il termine, di rimetter le cose nel primitivo stato. Chi ha ottenuto questo passaggio temporaneo può avanti la scadenza del termine renderlo perpetuo, pagando l'altra metà con gl' interessi legali dal giorno in cui il passaggio venne praticato: scaduto il termine, non gli sarà più tenuto conto di ciò che ha pagato per la concessione temporanea (art. 604). Ove la domanda del passaggio dell'acqua sia per tempo non maggiore di nove anni, il pagamento delle somme enunciate nel precedente articolo sarà ridotto alla sola metà, cioè la metà dell' intero per i valori determinati nel primo alinea , ed il quarto dell'intero per i valori determinati giusta il secondo alinea, scaduto il termine prefisso dalla legge, oltre l'obbligo di rimettere le cose nello stato primitivo, cioè di doversi demolire il canale, portar via i resti delle fabbriche ed ogni ingombro, e dissodare il terreno per rendere il fondo adatto come prima alla coltura; il tutto a spese del proprietario che ha goduto la servitù. Se poi egli vuole rendere

(1) Motivi del codice civile albertino, pag. 571 vol. 1.

perpetua la servitù; in tal caso pria che scadano i nove anni deve pagare al proprietario del fondo servente l'altra metà con gl'interessi legali decorsi dal giorno in cui fu dato il passaggio.

Cotesti interessi sono riferibili sempre alla metà non pagata, e devono calcolarsi dal giorno in cui si occupò l'altrui terreno con la costruzione dell'acquedotto, malgrado che le acque sieno immesse nel canale dopo la sua costruzione; e ciò perchè l'esistenza dell'acquedotto costituisce la servitù, non già il fatto posteriore del passaggio delle acque.

§ 216.° Chi possiede un canale nel fondo altrui, non può immettervi maggior quantità, se non è riconosciuto che il canale ne sia capace, e che niun danno possa venir al fondo servente.

Se l'introduzione di una maggior quantità d'acqua esiga nuove opere, queste non possono farsi, se prima non è determinata la natura e la qualità, e pagata la somma dovuta pel suolo da occuparsi e pei danni nel modo stabilito dall'articolo 603.

Lo stesso ha luogo, quando per il passaggio a traverso un acquedotto sia da sostituire ad un ponte-canale una tomba o viceversa (art. 605). Non si confonda il ristauro di un canale col render questo di una capacità maggiore. Mutare il passaggio, allargarlo, profondarlo è cosa diversa. Questa è un'opera novella i cui effetti non sono stati apprezzati, nè pagati al tempo della primitiva concessione. Epperò se si tratta di opere necessarie per usare della servitù e per conservarla, non è dubbio che il proprietario del fondo dominante abbiane il diritto. Ma se egli vuol cambiare il sito o il modo del passaggio, sostituire un ponte-canale, un acquedotto, una tomba, aprire una trinciera, o invece mantenere un argine, allargare o profondare un canale, per dare all'acqua un corso libero o meno impedito, è del pari evidente che ciò costituisce un novello passaggio, e bisogna determinarne l'esecuzione come se fino allora non ne fosse esistito alcuno. Per tal modo il fondo servente è garentito da ogni arbitraria gravezza, e si è provveduto ai casi di necessità senza confondere la ristaurazione con un novello passaggio. In tal modo statuendo il diritto italiano trovasi in perfetta armonia col diritto romano e con gli articoli 701 e 702 del codice francese: anche la corte di cassazione di Francia ha giustamente estesa la garentia sancita dal nostro articolo 605 al caso di servitù acquistata per prescrizione (1).

La prescrizione è il migliore dei titoli: essa fa presumere lo stato delle cose stabilito, come si trova per comune accordo, ed attesta una convenzione tacita che ha la medesima forza di una convenzione espressa (2).

§ 217.° Le disposizioni contenute negli articoli precedenti pel passaggio delle acque si estendono al caso in cui il passaggio venga domandato a fine di scaricare acque soprabbondanti che il vicino non

(1) *Journal du palais*, 15 janvier 1834.
(2) Giovanetti, *Du régime des eaux*, § 16.

consentisse di ricevere nel suo fondo (art. 606). Questa disposizione è nuova nel diritto italiano, e non trova riscontro in quello anteriore. Essa venne formulata su le dottrine del Romagnosi e del Giovanetti. Secondo questi esimi pubblicisti le parti integranti ed essenziali di ogni condotta d'acqua sono la *presa*, l'*uso* e lo *scarico*. Nel prendere un' acqua è così necessario pensare allo scarico, che senza di esso è fisicamente impossibile di effettuarne la condotta. Pigli tu acqua per irrigare un prato, per coprire una risaia, per dissetare un campo o un orto? Conviene che tu pensi dove debba smaltire quella che sopravvenga all'irrigazione. Pigli tu acqua per animare opifici? Devi pensare come la corrente possa proseguire e scaricarsi per continuare la forza viva di quella che sopravviene. Guidi tu una corrente per altri usi economici e domestici? Devi sempre pensare come e dove scaricare la corrente medesima.

Se per mala sorte tu dovessi ritenere nei tuoi fondi anche una parte delle acque morte, oltre la perdita del terreno necessario a raccogliere gli scoli, tu infesteresti la terra e l'aria con tutti i flagelli delle acque stagnanti, talchè sarebbe meglio non aver tentata condotta alcuna. Tutto questo è talmente notorio che non abbisogna di altre prove. Qual'è dunque la necessaria osservazione che ne segue? Che nel progettare una condotta d'acqua è così necessario il provvedere allo scarico, che non può esistere, nè si può effettuare condotta alcuna senza avere stabilito lo scarico suddetto. Questo non si può effettuare che in due maniere. La prima passando solamente sui fondi propri, i quali mettono capo ad un fiume, ad un lago, o a qualche altro scaricatore comune; la seconda passando pei fondi di un altro proprietario. Quanto alla prima maniera, essa non può somministrare argomenti di molte quistioni di giurisprudenza tra i privati; quanto poi alla seconda maniera, entrano necessariamente tutti i principii ordinari della servitù di acquedotto. Imperocchè è certo che, tranne il caso di un'acqua naturalmente scorrente da un fondo superiore ad uno inferiore, il padrone del fondo inferiore non potrebbe essere astretto suo malgrado a ricevere le acque procurate dal fondo superiore per qualunque uso che al padrone piaccia di farne. Egli imporrebbe una vera servitù di scarico e di transito senza il consenso del padrone del fondo, che la dovrebbe tollerare; locchè ripugna a tutti i principii della parità di dritti e della scambievole indipendenza dei due proprietarii.

Posto questo principio, e consultando solamente i rapporti del diritto privato e l' autorità personale dei due proprietari, ne viene la necessaria conseguenza, essere legalmente impossibile effettuare la condotta di un' acqua sul fondo o per mezzo del fondo altrui, senza prima averne riportato l' assenso dal padrone del fondo sul quale l'acqua si vuole scaricare. Fingendo adunque il caso che Pietro acquisti una presa d' acqua, o che voglia farla scaturire nel suo fondo stesso, egli dovrà necessariamente convenire con Giovanni, padrone del fondo inferiore, l' obbligo di ricevere lo scarico suddetto, altrimenti niun giu-

dice potrebbe dargli protezione per effettuare questo scarico. Ma il codice ora impone per massima generale questa obbligazione, e la servitù dello scarico è una servitù indotta per fatto della legge, ed esce dalla sfera delle servitù puramente contrattuali, delle quali particolarmente si occupò il dritto romano.

In questo stato di cose, quali sono i principii legali che debbono regolare la condotta dello scarico. Sono esattamente gli stessi di quelli che reggono la condotta per l'uso o il godimento dell'acqua, allorchè si tratta di farla passare pei fondi altrui. Ma l'acquirente di un' acqua non può obbligarlo al ritorno nel canale dispensatore (1), senza il consenso dei proprietarii dei fondi pei quali si dovesse effettuare la restituzione, poichè il passaggio forzoso per lo scarico delle acque importa che questa debba essere diretta verso lo scaricatore comune più vicino, sempre che lo scarico sia praticabile, ed ha per oggetto non l'individuale guadagno del dispensatore, ma il soccorso all'agricoltura ed all'industria per un motivo interamente sociale.

§ 218.° Sarà sempre in facoltà del proprietario del terreno servente di far determinare stabilmente il fondo del canale con l'apposizione di capi-saldi o soglie da riportarsi a punti fissi. Ove però di tale facoltà egli non abbia fatto uso nella prima concessione dell'acquedotto, dovrà sopportare la metà delle spese occorrenti (art. 607). Per ben garentirsi il proprietario del fondo servente ha la costumanza di esigere che nel letto del canale sieno poste delle traverse di legno o di pietra, dette radici, di distanza in distanza, secondo l'occorrenza a fin di riconoscere in ogni tempo, se delle escavazioni illegittime sieno state operate. È questo il mezzo di mettere un freno alla cupidità del transitante, perchè anche allora che egli non sa di un colpo commettere un eccesso, può, nell'occasione dello spurgo levare la terra vergine oggi di dieci centimetri, domani di altrettanti, e poco a poco di giungere ad una profondità enorme e gran fatto pregiudizievole.

Nell'allivellamento eseguito da un ingegnere si riportano queste traverse radici, come i ponti od altre opere di pietre o di mattoni ecc... e se ne inserisce il profilo nel contratto. Se allora il transitante modifica ingiustamente la trincea, la si potrà sempre ripristinare, e ristabilirsi il letto al livello convenuto, senza di che non si schiveranno mai degl' inconvenienti molti e gravissimi. Si troverà il canale sprofondato ed allargato, e se delle querele vengono promosse, si risponderà che sempre si è mantenuto nel medesimo stato, ed il contrario non potrà provarsi. Mediante i segni o le traverse si previene ancora il pretesto ordinario di dare lo scolo alle sorgenti, di cui si profonda la testa e la gola, e di poi taluno si lamenta che l'acqua non ha corso libero, ch'ella rigurgita indietro, perchè essendosi trascurati gli spurghi, il limo e le altre materie hanno rialzato il letto

(1) Romagnosi: Condotta delle acque, § 160, a 163, 985 a 990, 994 a 998. Giovanetti, Du régime des eaux.

del canale. Difficilmente quando non vi sono dei segni, si riconosce con perizia se il canale è rialzato per negligenza nello spurgo, o perchè si è approfondita la sorgente, e il proprietario del fondo servente è sempre la vittima della tristizia o malizia del transitante. Per mezzo delle traverse si riconosce subito se il rigurgito è causato da scavazione nella testa e nella gola, o se proviene dagli spurghi non operati (1).

Quantunque queste misure sieno dirette a favore del fondo servente, nondimeno intanto sono rese necessarie in quanto su di esso viene imposta la servitù. Giusto è adunque che quegli il quale domandò il passaggio sopporti la spesa della determinazione del fondo del canale. Però è piaciuto al legislatore di subordinare il diritto del proprietario del fondo servente, di far determinare stabilmente il fondo del canale a tutte spese del petente della servitù, alla condizione che ne faccia uso nella prima concessione dell'acquedotto: mancando a questa condizione, egli non decade dal suo diritto, ma è obbligato di sopportare la metà delle spese occorrenti, in quanto che in questo caso sono rese maggiori dall'aver trascurato l'esercizio del suo diritto (2).

§ 219.° Ove un corso d'acqua impedisce ai padroni dei fondi contigui l'accesso ai medesimi, o la continuazione dell'irrigazione e dello scolo delle acque, coloro che si servono di quel corso sono obbligati in proporzione del benefizio che ne ritraggono, a costruire e mantenere i ponti ed i loro accessi sufficienti per un comodo e sicuro transito, come pure le botte sotterranee, i ponti-canali (3), od altre simili opere per la continuazione dell'irrigazione e dello scolo, salvi i diritti derivanti da convenzione o dalla prescrizione (art. 608). Un corso di acqua se impedisce ai proprietari dei fondi contigui l'accesso ai medesimi, oppure presenti un altro ostacolo, rende difficile o del tutto impossibile la irrigazione o lo scolo delle acque. Se ciò si avveri coloro che si servono di quel corso sono obbligati a costruire e mantenervi i ponti ed i loro accessi sufficienti per un comodo e sicuro transito. Essi costruiranno e manterranno le botti sotterranee, i ponti-canali od altre opere simili, acciocchè non resti interrotta ovvero impedita la irrigazione o lo scolo; salvi i diritti derivanti dalla convenzione o dalla prescrizione. Se quindi per trent'anni si è tollerato che il corso d' acqua si mantenesse nel modo stesso come venne per la prima volta costruito, quando si ottenne il passaggio dello stesso sui fondi altrui, non vi sarebbe più luogo a reclamare, per apportare alcuna modifica, o per fare eseguire quell' opera che non fu richiesta giusta la convenzione.

(1) Giovanetti, *Du régime des eaux*, § 15.
(2) Pacifici Mazzoni Comm. all'art. 607 num. 839 e 840.
(3) Altro non è un *ponte-canale* che un canale o fiume che passa sopra un altro canale o fiume. L'uso di esso è molto necessario, poichè dovendosi condurre acque alte separate dalle basse, è difficile che non s' incontri qualche canale o fiume da attraversare. Quando si deve far attraversare l'acqua di livello superiore all'acqua di livello inferiore, la fabbrica che si fa a tale effetto si chiama *ponte-canale* (Alberti Ist. prat. dell'Ing. civ., § 395 e 396).

Quanto al modo di contribuzione per le spese occorrenti, è d'uopo distinguere se il corso di acqua si appartenesse ad un solo proprietario, od a più. Nel primo caso le opere saranno fatte e mantenute a sue spese; nel secondo caso saranno erogate dai rispettivi proprietari in proporzione del beneficio che il corso d'acqua apporta alle loro proprietà.

§ 220.° Il proprietario che intende prosciugare o bonificare le sue terre con la fognatura, con colmate od altri mezzi, ha diritto, premesso il pagamento dell'indennità, e col minor danno possibile, di condurre per fogne o per fossi le acque di scolo attraverso i fondi che separano le sue terre da un corso di acqua o da qualunque altro scolatoio (art. 609). L'alto interesse che la legge prende per l'industria agraria, di questa fonte inesauribile di ricchezza pubblica, ha fatto regolare il prosciugamento o bonifica delle terre con la fognatura, le calmate, ed altri mezzi.

Accrescere la produzione della terra con l'inaffiamento, o rendere la terra all'agricoltura prosciugandola o bonificandola con le colmate, è sempre aumentare il prodotto agricolo pel vantaggio comune. V'ha di più: colui che muta le sue terre paludose in campi fertili, bonifica e risana le sue terre al pari dell'aria, mette l'acqua in circolazione, e rende utile il suo impiego. È un triplice servizio ch'egli porge alla società, ed è per questo triplice titolo ch'egli deve ottenere il passaggio legale, benchè nel momento non pensi che a liberare il suo terreno da un'acqua nocevole. V'ha analogia tra il passaggio forzato per l'acqua, ed il passaggio accordato per causa di chiusura. In effetti non potersi coltivare un fondo perchè chiuso o perchè paludoso, non è lo stesso? Si riconosce che il pubblico ha interesse che si coltivi il primo, e la legge accorda il passaggio forzato; perchè non si dovrebbe riconoscere che è ancora utile rendere alla coltura il secondo, e concedersi il passaggio forzato necessario per prosciugarlo. Pel proprietario vicino è meno penoso veder modificare il suo diritto dal passaggio forzato dell'acqua, cioè a dire dall'apertura di un canale, che soffrire il transito d'uomini, di bestie e di carri (1).

Per altro, a differenza del passaggio forzoso delle acque per le necessità della vita e per usi agrari e industriali (art. 598), il diritto del passaggio medesimo, per prosciugare o bonificare le terre è ristretto al solo proprietario, e non senza ragione, perocchè il prosciugamento e il bonificamento appartengono al diritto di disporre e non di godere. Laonde non hanno tale diritto gli usufruttuari, gli usuari, gli affittuari, gli anticresisti, ed ogni altro detentore a titolo precario. Lo ha intanto l'enfiteuta perchè egli ha per legge il dritto di disporre (art. 1562 cod. civ.), e inoltre l'enfiteusi è un contratto diretto, almeno nei suoi motivi sociali, al miglioramento delle terre (2).

(1) Giovanetti, *Du régime des eaux* § 6.
(2) Pacifici Mazzoni, Com. all'art. 609 num. 848 ad 853

Le colmate sono le bonificazioni di terreni fatte per alluvione, perchè col mezzo delle acque torbide che vi s'introducono si ricolmano di terra fertile i semi e i ricettacoli infruttiferi delle acque stagnanti. Siffatte colmate sono autorizzate dalla legge, premesso il pagamento dell'indennità e col minor danno possibile. Il buon successo delle stesse dipende principalmente dalla celerità dello scolo delle acque introdotte nel suolo che si vuole colmare, quando son fatte chiare. Codesta celerità procura il doppio vantaggio di rinnovare più spesso l'immissione dell'acqua torbida, e di ridurre a poco o niente la perdita delle sostanze depositate al partirsi dell'acqua già divenuta chiara. Di qui è agevole il dedurre che per istabilire un buon sistema di colmate, si richiede in primo che si ordini un buon sistema di scolo, poichè il buon successo di quello dipende dalla perfezione di questo.

§ 221.° Nell'eseguimento delle opere indicate negli articoli precedenti sono applicabili le disposizioni del capoverso dell'articolo 598 e degli articoli 600 e 601 (art. 6011). I proprietari quindi non hanno il diritto di opporsi al passaggio delle acque di ogni specie che vogliono condursi pei loro fondi; nè a siffatto passaggio è di ostacolo la esistenza di altro condotto a traverso il quale dovrebbe correre il nuovo; e neanche sarà impedito il detto passaggio ove s' interpongono fiumi o torrenti o pubbliche strade, purchè si osservino le leggi ed i speciali regolamenti vigenti sulle acque e le pubbliche strade.

§ 222.° Se al prosciugamento di un fondo paludoso si opponesse alcuno avente diritto sulle acque che ne derivano, e se, con opportune opere portanti una spesa proporzionata allo scopo, non si potessero conciliare i due interessi, si farà luogo al prosciugamento mediante una congrua indennità all'opponente (art. 612). Il fondo paludoso è quello ove l'acqua si stagna e dimora, e la cui azione mefitica estende per vasto spazio la sua malefica influenza. Egli è quindi utilissimo di promuovere la coltivazione e la vegetazione nei terreni paludosi, per depurare l'aria e rendere fruttifero un suolo che altrimenti resterebbe incolto. Rispetto a sì grandi beneficii, non era giusto per una esagerata idea del diritto dominicale di uno o più proprietari, i quali perchè aventi diritti a quelle acque pestilenziali per loro uso particolare volessero opporsi alla bonifica, di impedire questa con grave danno della salute pubblica e dei dritti degli altri proprietari. Epperò a ragione la legge dispone che si faccia luogo al prosciugamento mediante una congrua indennità all'opponente; e se con le opere opportune portando una spesa proporzionata allo scopo non si potessero conciliare gl'interessi dei rispettivi proprietari, la bonifica si esegue dandosi all'opponente una congrua indennità da determinarsi dal magistrato previo il parere dei periti.

I compilatori del codice albertino, accordando il privilegio pel prosciugamento, temettero di esporre a qualche danno le persone che avrebbero avuto diritto alle acque del fondo paludoso, ma presero le loro precauzioni incaricando i tribunali, in caso di opposizioni, di

conciliare l' interesse della salubrità con quello dell'agricoltura, e di avere nel medesimo tempo riguardo ai diritti dell'opponente ed all'uso al quale egli impiega queste acque (1). Or intorno a siffatta materia in quel codice fu sanzionato un solo articolo così concepito: Le disposizioni stabilite negli articoli precedenti pel passaggio delle acque si estendono al caso in cui il possessore di un fondo paludoso intenda di bonificarlo o di prosciugarlo per mezzo di colmate o mediante la escavazione di uno o più canali di scolo., Se al prosciugamento del fondo paludoso insorgesse qualche opposizione per parte di chi avesse diritto all'acqua dal fondo stesso, o proveniente o derivante dal medesimo, i tribunali decidendo, dovranno conciliare il vantaggio della salubrità dell' aria e quello dell'agricoltura, col riguardo dovuto ai diritti dell' opponente e all' uso ch' egli fa dell' acqua.

Ma con questo solo articolo non si regolava tutto compiutamente. Si formularono perciò i quattro che leggonsi nel testo, nei quali è stabilito il diritto di condurre le acque di scolo attraverso i fondi altrui per mezzo di fogne o di fossi, premesso il pagamento dell'indennità; si provvede al modo con cui i proprietari di fondi attraversati possono anch' essi approfittare di quelle opere per risanare i loro fondi; si rendono comuni a tale materia alcune disposizioni relative all' acquedotto; e viene stabilito che il diritto appartenente ai terzi nelle acque provenienti da un fondo paludoso, non ne può impedire il prosciugamento, mediante il riscatto di un tale diritto. Per codesta ultima innovazione che stabilisce la prevalenza del dritto di colui che vuole prosciugare le sue terre, si è avuto riguardo non tanto all' utilità privata, quanto all'interesse pubblico che vi è impegnato. Perchè ciò abbia luogo non si richiede la impossibilità, quella cioè che risulta da una spesa sproporzionata allo scopo di conservare il diritto sull'acqua. Il prezzo del riscatto deve determinarsi dai periti (2).

§ 223.° Quelli che hanno diritto di derivare acque da fiumi, torrenti, rivi, canali, laghi e serbatoi, possono, ove ciò sia necessario, appoggiare od infiggere una chiusa alle sponde, coll' obbligo però di pagare l' indennità, e di fare e mantenere le opere che valgano ad assicurare i fondi da ogni danno (art. 613). Giova innanzi tutto avvertire che col nome di *derivazione* si comprende l'estrazione di un'acqua da qualunque fiume, lago, stagno, fonte, canale, ec. fatta dall' uomo per introdurla e farla decorrere giusta una data direzione. Per la qual cosa nella derivazione delle acque comprendesi qualunque opera dell' uomo, e qualunque lavoro destinato alla su detta estrazione ed introduzione (3).

Avendo la legge riconosciuto il diritto di poter derivare le acque da fiumi, torrenti, rivi, canali o serbatoi, era giusto di permettere ove sia necessario di appoggiare od infiggere una chiusa alle sponde. Di-

(1) Motivi del codice albertino, pag. 572, vol. 1.
(2) Motivi del codice civile.
(3) Romagnosi, Condotta delle acque, § 196.

cesi chiusa quell'opera artificiale ossia alzata manufatta o fabbrica di struttura, dimensione e forma svariata con la quale s' interchiude un borro, un alveo od un bacino qualunque, onde sopratenere le acque e costringerle ad un regolato sistema per conseguire un effetto già intervenuto. Le chiuse sono stabili e mobili. Le prime sono invariabili nella loro posizione e nel loro effetto; le seconde sono stabilite in modo da potersi togliere e rimettere secondo il bisogno. La indennità si giustifica di per sè stessa, e varia secondo che trattasi di chiusa stabile o mobile, dovendo essere minore in queste ultime, le quali s' infiggono per un momentaneo bisogno, epperò cessato il quale si tolgono.

§ 224.° Gli aventi diritti alla derivazione ed all'uso delle acque a norma del precedente articolo, devono evitare tra gli utenti superiori e gl' inferiori ogni vicendevole pregiudizio che possa prevenire dallo stagnamento, dal rigurgito o dalla diversione delle medesime acque. Coloro che vi hanno dato luogo, sono tenuti al risarcimento dei danni e soggetti alle pene stabilite dai regolamenti di polizia rurale. Spesso gli utenti di una stessa acqua derivata da un fiume, torrente, rivo, ecc. possono nuocersi tra loro per l'effetto dello stagnamento, del rigurgito, o della diversione della medesima acqua. La legge doveva impedirlo, e il nostro codice vi ha provveduto con questo articolo, il quale costituisce nella materia speciale delle acque un'applicazione del principio generale stabilito nell' art. 1151 codice civile (1).

§ 225.° Le concessioni d'uso d'acqua da parte dello Stato s'intendono sempre fatte senza lesione dei diritti anteriori d' uso dell' acqua stessa, che si fossero legittimamente acquistati (art. 615). Se lo Stato accorda ad alcuno l'uso dell'acqua, una tale concessione non può giammai lèdere i diritti che i terzi avessero precedentemente acquistati circa l'uso della stessa; salvo se la novella concessione da parte dello Stato non sia incompatibile con l'esercizio degli altrui diritti anteriori.

SEZIONE II.

DELLE SERVITU' STABILITE PER FATTO DELL' UOMO.

§ I.

Delle diverse specie di servitù che possono stabilirsi sui fondi.

§ 226.° I proprietari possono stabilire sopra i loro fondi od a benefizio di essi qualunque servitù purchè sia solamente imposta ad un fondo e a vantaggio di un altro fondo, e non sia in alcun modo contraria all'ordine pubblico. L'esercizio e la estensione della servitù sono regolate dal titolo, ed in difetto dalle disposizioni seguenti (art. 616). La stessa regola si osservava nel diritto romano: *Ideo autem hae servi-*

(1) Vigliani, note alla traduzione di Duranton, pag. 233, vol. 3.

tutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere, vel urbani, vel rustici praedii nisi qui habet praedium (1). Per effetto della detta disposizione sono proscritte le servitù che si prestano da uomo ad uomo, come se si convenisse che Pietro farà condurre al fondo di Paolo le pietre cavate, e che quest' onere passerà a tutti i possessori della casa di Pietro. Un tal peso rassomiglia alle giornate di lavoro, ossia alle angherie e perangherie feudali, e non differisce in altro che pel titolo col quale furono imposte.

Non sarebbero poi servitù, ma semplici obbligazioni personali quelle di passeggiare in un giardino limitrofo a favore di una designata persona o famiglia, di attingere l' acqua o cuocere la calce durante la formazione di un edificio; epperò la violazione dell' obbligo da parte del promettente non darebbe luogo che ai danni interessi, non già alle azioni di turbativa, che la legge riconosce in fatto di servitù contro colui che ne disturba il pacifico possesso.

Importando la servitù l'alienazione di uno dei dritti che costituiscono la proprietà, è necessario che colui che la stabilisce sia proprietario del fondo. Epperò il fittaiuolo, l'usufruttuario, i quali non hanno che un semplice diritto di godimento, non possono stabilirla.

La servitù per potersi costituire in danno di un proprio fondo bisogna che si abbia la capacità di alienarlo, e quindi il minore, l'interdetto, la donna maritata, non possono costituirla se non osservate le forme della legge per l'alienazione dei loro beni, e l'inabilitato non può costituirla senza il consenso del curatore. Il marito può acquistarla, come vedremo, a favore dei beni della moglie; ma non può imporla senza suo consenso rispetto ai beni liberi della stessa, e senza il permesso del tribunale, quanto ai beni dotali, nei casi di necessità o di utilità evidente (art. 1405).

Quelli che hanno una proprietà risolubile, come il donatario, il compratore col patto di ricompra, l'enfiteuta, il possessore provvisorio dei beni di un assente, possono imporre una servitù, ma essa si scioglie con la risoluzione del diritto del concedente per la nota regola: *Resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis.*

Laddove il fondo appartenga a più comproprietari, la servitù non può imporsi che col consenso di tutti, non trattandosi di atto di amministrazione per lo quale vale la decisione della maggioranza; ma di atto sostanziale di dominio in cui un solo socio non può disporre dei dritti dell'altro, tuttochè meno esteso del suo. Nondimeno se un socio ha imposto egli soltanto la servitù sul fondo comune, e questo dopo la divisione ricade nella sua parte, la concessione resta validata, perchè si considera che gli altri soci non hanno giammai avuto diritto sul fondo stesso (art. 1034). In tal caso il diritto resta in sospeso fino alla divisione, ed il concessionario della servitù può intervenire

(1) L. 1 § 1 Dig. comm. praed.

nel giudizio di divisione per la tutela dei suoi dritti, cioè per evitare che il fondo per un concerto fraudolento con gli altri condividenti, cada nella porzione di uno di costoro.

Quelli che hanno diritto di costituire le servitù su' propri fondi, possono acquistarle. Senonchè il minore, l'interdetto, l'inabilitato, anche senza il consenso del curatore, quantunque non possono costituirle, pure possono acquistarle, poichè è loro permesso di rendere migliore la loro condizione; e quanto alla donna maritata lo può a maggior ragione, poichè pel novello diritto non può alienare senza il consenso del marito, ma non l'è impedito di ricevere a qualunque titolo ed acquistare beni di ogni specie.

Del pari possono acquistare le servitù gli amministratori dei beni altrui, perchè l'acquisto delle medesime aumenta di valore il fondo, ed è obbligo di chi amministra la cosa altrui di migliorarla, come avrebbe fatto lo stesso proprietario.

La legge non determinando la natura della servitù, risulta che si possono stabilire tutte quelle che offrono una utilità qualunque al fondo dominante, e non sieno contrarie alla essenza del diritto dominicale ed all'ordine pubblico, come se alcuno si privasse di passeggiare nel proprio fondo, o si concedesse ad altri il diritto di fabbricare a ridosso di un pubblico acquedotto che traversa sotterra il proprio fondo, di appoggiare un camino da fumo al muro divisorio di un teatro, od altro luogo pubblico, di fabbricare un forno nelle adiacenze di una polveriera, e casi simili.

Non è poi necessario che la utilità della servitù sia attuale, bastando che sia almeno possibile, come sarebbe se io acquisto la servitù sopra di un fondo senza essere ancora proprietario dell'altro fondo a cui favore intendo stabilirla. In tal caso la servitù esisterà dal giorno in cui si sarà acquistato il fondo destinato ad essere dominante, e non avrà alcuno effetto la servitù, se il fondo non perverrà nel dominio del concessionario; salvo sempre a costui di cedere il suo diritto a colui che possiede il fondo a di cui beneficio dovrebbe costituirsi la servitù.

§ 227.° Le servitù, giusta le cose dette dinanzi, sono *continue* e *discontinue*. Le prime sono quelle il cui esercizio è o può essere continuo senza che sia necessario un fatto attuale dell'uomo: tali sono gli acquedotti, gli stillicidi, i prospetti, ed altre simili. Le seconde sono quelle che richiedono un fatto attuale dell'uomo per essere esercitate: tali sono quelle di passare, di attingere acqua, di condurre le bestie al pascolo, e simili (art. 617). Ravvicinando le due definizioni della servitù continua e discontinua fatta dalla legge, chiaro apparisce come la loro differenza specifica non consista nella continuità o discontinuità del diritto di esercizio, ma nella natura di esso. Epperò se questo sia tale che possa aver luogo senza il fatto *attuale* dell'uomo, la servitù sarà continua; se poi l'esercizio richiegga il fatto attuale dell'uomo, la servitù sarà discontinua. Per fatto attuale dell'uomo s'intende quell'atto perseverante e sempre rinnovato, cioè un fatto che co-

stituisce esso stesso l'esercizio della servitù, come è appunto il fatto di passare pel fondo altrui, quello di attingere acqua dal pozzo o dalla fonte altrui, e il fatto di condurre le bestie all'altrui pascolo. Secondo questa definizione della legge si fa consistere il fatto attuale dell'attività individuale necessaria all'esercizio della servitù, mentre questa è comune così alle servitù continue come alle discontinue, poichè senza il fatto della persona che si presenta al balcone od alla finestra, non vi può essere servitù continua di veduta. Epperò, secondo noi, la vera differenza delle due specie di servitù sta in ciò, che nelle continue l'opera è già preparata e visibile; mentre ciò non esiste, od almeno non è al modo stesso chiaro ed appariscente nelle servitù discontinue. Epperò facciamo voti che, mutata la poco felice definizione della legge si distingua la servitù *continua* dalla esistenza delle sole *opere esteriori* e *visibili* che la manifestano ed avvertano tutti della sua esistenza per gli svariati effetti di legge, poichè se il fatto dell'uomo è necessario per l'esercizio della servitù discontinua, non lo è meno per la continua, e senza il fatto dell'uomo è impossibile lo esercizio di qualsiesi diritto dominicale. E pare che questo nostro voto sia in parte soddisfatto dal codice vigente per aver definita la servità continua di presa di acqua appunto per la esistenza delle *opere esteriori* e *visibili* che la manifestano (art. 619), non già pel fatto dell'uomo, che è necessario in ogni specie di servitù.

La legge dichiara apparente la servitù di presa d'acqua; ma codesta qualità non è insita alla natura della servitù, ma sola acquisita, e dipende dalle opere visibili che la manifestano. La esistenza del canale rende la presa di acqua diversa dalla servitù di attingere l'acqua all' altrui pozzo o cisterna, la quale costituisce una servitù discontinua, ma essendovi le opere visibili e permanenti che la manifestano viene mutata la servitù discontinua di sua natura in servitù continua; sicchè la legge riconosce in questo solo caso quello che noi vorremmo per tutti, cioè che la servitù continua si riconosca per la sola esistenza delle opere visibili e permanenti, non già pel fatto dell'uomo necessario ad ogni servitù.

Non si confonda la servitù di cui abbiamo discorso con quella di acquedotto. Il giureconsulto Ulpiano, riconoscendo la pericolosa facilità di confondere tra di loro le servitù di presa d'acqua (*aquae haustus*) e di acquedotto o condotta di acqua (*aqueductus*) ci lasciò l' avvertimento da molti scrittori trascurato, che: *Servitutes non tantum aquaeducendae esse solent, verum etiam hauriendae, et sicut discretae sunt servitutes ductus aquae et haustus aquae ita interdicta separatim redduntur* (1).

La differenza che distingue queste due specie di servitù risulta palesamente dal diverso loro oggetto. Infatti, la servitù di acquedotto o di condotta d'acqua è il diritto che taluno ha di condurre l'acqua pel

(1) L. 1 § 1 Dig. de fonte.

fondo altrui a vantaggio di un fondo proprio: se l'acqua che si conduce è propria del conducente, cioè viene derivata da un canale di sua proprietà, diviso però dal fondo, a cui benefizio si conduce, dall'esistenza di un fondo alieno intermedio, egli è evidente che v' ha bensì la servitù d'acquedotto, ma non quella di presa d'acqua, poichè l'acqua si prende dal conducente *iure dominii* e non *iure servitutis:* la sola condotta dell'acqua estratta si eseguirebbe *iure servitutis*.

Similmente la servitù reale di presa di acqua è il diritto che alcuno ha di prendere, estrarre, cavare o derivare acqua da una fonte o corrente altrui a vantaggio del proprio fondo. Se adunque io possedessi un fondo contiguo ad un canale d' acqua o corrente d' altrui spettanza, il dritto ch' io mi avessi di estrarre acqua da siffatta corrente a benefizio del mio fondo sarebbe una pura servitù di presa di acqua senza acquedotto, di cui non ho bisogno, stante la immediata introduzione dell'acqua nel mio fondo a cui compete. Possono tuttavia le dette servitù facilmente ritrovarsi unite, e ciò accade ogni qualvolta chi gode del diritto di presa d'acqua, non altrimenti può esercitarlo a benefizio del proprio fondo, a cui favore il diritto è costituito, salvo coll' attraversare gli altrui fondi intermedii, poichè in simil caso la servitù di acquedotto diviene una condizione necessaria all' esercizio della servitù di presa d'acqua. Intanto la servitù di acquedotto è spesso necessaria alla servitù di presa d' acqua, che però può sussistere separatamente da questa, come la servitù di presa d'acqua può stare senza quella di acquedotto (1).

§ 227.° Le servitù sono *apparenti* o non *apparenti*. Le prime sono quelle che si manifestano con segni visibili, come una porta, una finestra, un acquedotto. Le seconde sono quelle che non hanno segni visibili della loro esistenza, come il divieto di fabbricare sopra un fondo, o di non fabbricare se non ad un'altezza determinata (art. 618). Sono quindi segni visibili una porta per passare, una finestra per vedere un acquedotto per condurre acqua, una grondaia, ec. Il segno deve essere visibile pel proprietario del fondo che si pretende servente, poichè l' importanza legale dell'apparenza della servitù consiste nel rendere questa capace di essere acquistata per prescrizione, nè si può compiere questa senza la pubblicità del possesso, che è uno dei requisiti che ne costituiscono la legittimità (art. 689 e 2106). Un segno non visibile pel proprietario del fondo che si pretende servente, gli è come non ne esistesse alcuno, e vi sarebbe la clandestinità del possesso che impedisce ogni prescrizione. Di qui risulta che una servitù la quale non possa essere esercitata che mediante opere apparenti, come sarebbe una condotta di acqua, la quale non può praticarsi che col mezzo di un canale, non può considerarsi apparente dal momento della sua costituzione, ma dal giorno che le opere sieno ese-

(1) Vigliani, appendice su la presa d' acqua nella trad. del corso di dritto civile di Duranton, pag. 435 a 43 vol. III.

guite; avvegnachè prima di questo tempo non è pure concepibile che la servitù sia manifestata da segni apparenti che non esistono (1). Da ultimo l'apparenza comincerà dal giorno in cui le opere sono terminate, non già da quello in cui si è messo mano all'esecuzione.

Il segno può esistere tanto nel fondo che si pretende servente, quanto nel dominante, per quello che riguarda, ben s' intende l' apparenza della servitù; imperciocchè anche esistendo in questo, può essere veduto dal proprietario dell' altro, come appunto sarebbe una finestra a veduta diretta, od obliqua che si aprisse in una casa che guardasse verso l'altrui fondo, non avendo fatto qui alcuna distinzione la legge. Senonchè in alcuni casi può essere indispensabile che l' apparenza delle opere si abbia nel fondo servente, cioè quando dalle opere esistenti nel fondo dominante non apparisca necessariamente l' esercizio che nel fondo altrui si va a fare della servitù; così se esistessero nel tuo fondo dei canali sopraterra conducenti l' acqua de' tetti o degli acquai, e questi si dirigessero e si avvicinassero al mio fondo, e da quivi fosse scavato un canale sotterraneo nel mio potere, e perciò si fosse fatta immissione dell' acqua, la servitù sarebbe non apparente (2). Del resto l'apparenza è una qualità, che sussiste indipendentemente dalla continuità o discontinuità dalla servitù; e veramente dipendono da due cause affatto distinte e incommunicabili. Ond' è che i segni visibili non possono mai rendere continua una servitù discontinua: così il passaggio è, e sarà sempre una servitù discontinua quand'anche venga manifestato dalla via selciata, da una porta, ed altri simili segni (3). Infine l' apparenza è una qualità non inerente alla materia della servitù, e perciò nella medesima servitù può trovarsi e mancare: così la servitù di acquidotto esercitata mediante un canale sopraterra è apparente, non apparente, se esso canale fosse sotterraneo al contrario la continuità è qualità intrinseca; alla servitù (4).

§ 228. Quando per la derivazione di una costante e determinata quantità d' acqua scorrente è stata contenuta la forma della bocca e dell' edifizio derivatore, questa forma deve essere mantenuta, e non sono le parti ammesse ad impugnarle sotto pretesto di eccedenza o deficienza d' acqua, salvo che l' eccedenza o la deficienza provvenga da variazione seguita nel canale dispensatore o nel corso delle acque in esso scorrenti. Se la forma non è stata convenuta, ma la bocca e l' edifizio derivatore sono stati costruiti e posseduti pacificamente durante cinque anni, non è neppure ammesso dopo tal tempo alcun richiamo delle parti sotto pretesto di eccedenza o deficienza d' acqua salvo nel caso di variazione seguita nel canale o nel corso delle ac-

(1) Merlin, repert. V. servit. § 7.
(2) Poitiers 4 mag. 1864: Cass. di Parigi 19 giugno 1865.
(3) Cass. di Parigi 24 novembre 1855 e 1 luglio 1845; Grenoble 3 febb. 1847; Pardessus n° 276; Solon n° 314; Demolombe n° 719.
(4) Demolombe n° 715 e 717.

que come sopra. In mancanza di convenzione e del possesso precedentemente menzionato, la forma sarà determinata dall'autorità giudizia- (art. 620). La disposizione è tratta dall'articolo 641 del codice sardo. I contraenti, è detto nei motivi di quel codice, nello stipulare per essi sei ruote di acqua potrebbero convenire tra loro, che per l'estrazione di queste ruote si farà una bocca della forma tale, o se ve n'esiste già una, sarà riformata in tal modo, e per questo caso soltanto la Commissione ha stabilito che non si potrebbe richiamare, salvo se ne risultasse una differenza nel sesto, essendovi il termine di tre anni nel proporre la domanda. Difatti, quando insieme alla quantità delle ruote fu convenuta anche la forma della bocca, ciascuna parte ha consentito alla compra e vendita, in quantochè l'estrazione dell'acqua si farebbe anche nel tale modo: ond'è sembrato che non si dovesse allora ammettere un richiamo, se non vi era lesione per una quantità alquanto ragguardevole. Se al contrario non vi fu convenzione sulla forma della bocca, ma soltanto sulla quantità dell'acqua, sono dati in tale caso dieci anni di tempo per reclamare, il quale termine pare più che sufficiente, perchè le parti abbiano potuto fare tutte le verificazioni (1).

L'articolo in esame si divide in tre parti in ragione delle tre ipotesi che considera. La prima ipotesi è che nella convenzione sopra una costante e determinata quantità di acqua siesi convenuta la forma della bocca e dell'edifizio derivatore. La seconda è, che non sia stata la forma, ma di fatto stabilita e posseduta pacificamente per cinque anni. La terza ipotesi è, che non sia stata nè convenuta nè posseduta per questo tempo. Tutte e tre le ipotesi sono relative al caso che oggetto del contratto sia una costante e determinata quantità di acqua: come se ad esempio, io ti avessi venduto dieci moduli di acqua. Se adunque la quantità non fosse costante, o non fosse determinata, quest'articolo non sarebbe applicabile: quindi, se ti avessi concesso il diritto di derivare dal mio canale dispensatore un modulo d'acqua nella settimana tale, due moduli nel mese tale, mezzo modulo il tal giorno, il caso sarebbe fuori del nostro articolo; imperocchè non è neppur concepibile una forma unica di bocca e di edifizio derivatore per derivazioni varie e multiple. Però nulla impedisce che la bocca sia convenuta per ciascuna specie di derivazione, ed in tal caso l'articolo troverebbe la sua esatta applicazione, e la provvidenza della legge qui trova il suo posto. La quantità dicesi determinata, quando è espressa in moduli, o nei suoi sub-multiplici, come un decimo, un centesimo, un millesimo di modulo. Se invece la quantità dell'acqua fosse determinata a ragione del servizio, per cui se n'è fatta la concessione, non sarebbe il caso dell'articolo che esaminiamo, si bene del seguente (2).

La distribuzione dell'acqua può farsi in ragion dell'*impiego*, del

(1) Relazione sul codice civile sardo.
(2) Pacifici Mazzoni, com. all'art. 620 n. 79.

tempo, ovvero di una determinata *quantità*. Nel primo caso si usa la bocca *libera*, nel secondo caso si usa tanto la bocca libera quanto la bocca *modellata* o *tassata;* nel terzo caso è necessaria la bocca *modellata*. La bocca libera mercè la quale si ottiene la irrigazione di una data quantità di terreno è una semplice apertura nella sponda di un canale, o fiume od altra corrente, munita ne' laterali di stipiti di legno o di pietra, senza alcuno apparecchio che limiti la dispensa e l'efflusso. La limitazione di questa bocca dipende unicamente dalla sua larghezza, dalla situazione del suolo, dall' altezza della chiusa, permanente o mobile, che si stabilisce inferiormente alla presa d' acqua donde ragguagliare l' inclinazione del canale derivatore.

La bocca modellata è diversa, ed è di più specie. Una è quella composta di un incile o presa d' acqua munita di una tavola nella quale è praticato un orificio per fare scorgar l' acqua che si deriva; la tavola entra ad incastro nelle scanalature verticali di due stipiti laterali, per lo più di pietra, e poggia sulla soglia, ossia sul piano della bocca sopra cui posano gli stipiti. Volendosi arrestare l' efflusso delle acque, si pone al luogo dell' orificio una porta a cateratta chiusa a chiave. La grandezza dell' orificio determina la dispensa dell' acqua, un oncia, due o più ancora.

La legge non determina la forma, enunciando in genere quella convenuta; il che è molto osservabile poichè ritiensi che i periti si possono ingannare nell' eseguire la volontà delle parti e la legge per evitare controversie sopra minime differenze prescrive che quando è stata convenuta la derivazione di una costante e determinata acqua corrente, e convenuta la forma della bocca e dell' edifizio derivatore, questa forma dovrà esser mantenuta, e non saranno le parti ammesse ad impugnarla sotto pretesto che la eccedenza o deficienza prevenga da variazioni eseguite nel canale dispensatore, o nel corso delle acque in esso scorrenti.

Se la forma non è stata convenuta, ma la bocca e l' edifizio derivatore, come vennero eseguiti la prima volta, sono stati posseduti pacificamente durante cinque anni, dopo tale tempo non è permesso alcun richiamo delle parti per scadenza o deficienza di acqua, salvo il caso, come sopra di variazioni eseguite nel canale; e dissi già quali sarebbero le vietate variazioni. Se la legge, per la importanza dell' acqua, ha creduto persino di non seguire la regola comune sulla lesione, ha dato però il mezzo di riparare gli abusi, che spesso potrebbero cagionare gravi nocumenti agli utenti. In mancanza sia di convenzione sia di possesso, la forma della bocca sarà determinata dal tribunale, previo, s' intende, il giudizio de' periti nominati d'accordo tra le parti, o in difetto, di ufficio.

§ 229. Nelle concessioni d' acqua fatte per un determinato servizio senza che ne sia espressa la quantità, s' intende concessa la quantità necessaria a quel servizio; e chi vi ha interesse può in ogni tempo fare stabilire la forma della derivazione in modo che ne venga ad un

tempo assicurato l' uso necessario suddetto ed impedito l' eccesso.

Se però è stata convenuta la forma della bocca dell' edifizio derivatore, o se in mancanza di convenzione, si è esercitata pacificamente per cinque anni la derivazione in una determinata forma, non è più ammesso alcun richiamo delle parti, se non nel caso accennato nell' articolo precedente (art. 621). La disposizione non trova riscontro nel codice francese e nelle leggi napolitane del 1819, ed è tratta dal codice albertino. La regola stabilita nella medesima è diretta a determinare la quantità d'acqua che s'intende conceduta, quando se ne è fatta la concessione per un determinato servizio. La quantità è appunto quella necessaria a quel determinato servizio per cui si è fatta la concessione dell' acqua; e ciò bene a ragione, poichè i contraenti si propongono di raggiungere lo scopo che si sono prefissi nella contrattazione. Epperò qual'è la volontà di colui che acquista l'acqua per un determinato servizio, se non di soddisfare a questo. Come pure qual'è la volontà del concedente se non quella di dare l'acqua necessaria per lo scopo designato nel contratto; altrimenti mancherebbe l'*idem placitum* senza di che non può esistere contratto. La legge dunque nello stabilire che la quantità d'acqua che s'intende conceduta per un determinato servizio, dee concedersi nella quantità necessaria al servizio stesso, non fa che interpretare secondo le regole della più esatta ermeneutica la vera volontà dei contraenti: dicasi lo stesso se l' acqua sia stata conceduta per donazione tra vivi o per testamento.

In pratica conviene determinare con la massima precisione e giustizia il servizio per cui si è fatta la concessione, non che la quantità di acqua necessaria allo stesso per potersi concedere in ogni caso particolare dal magistrato previo l'avviso dei periti; e poichè trattasi di mere quistioni di fatti è inutile ogni esame diretto a stabilire le norme per la loro risoluzione.

§ 230.° Nelle nuove concessioni in cui è convenuta ed espressa una costante quantità d' acqua, la qualità concessa deve in tutti gli atti esprimersi in relazione al modulo. Il modulo è l'unità di misura dell'acqua corrente. Esso è un corpo d'acqua che scorre nella costante quantità di cento litri al minuto secondo, e si divide in decimi, centesimi e millesimi (art. 622). Chiunque si accosta alla stipulazione d'una presa d'acqua ha d'uopo di conoscere due cose; la prima è quale qualità d'acqua sia necessaria alla destinazione che si propone, per esempio ad irrigare cento are di prato o di risaia, od al servizio di un dato opificio; la seconda, con qual mezzo si possa entro un determinato tempo ottenere da una data corrente la quantità d'acqua riconosciuta necessaria al divisato impiego. Parimente se fosse stata stipulata una certa quantità d' acqua, come mille metri cubi, importerebbe di stabilire il modo di somministrare nè più nè meno di tale quantità pattuita entro un tempo determinato. Il bisogno per tanto di misurare con la maggior precisione possibile le acque correnti si fa

sentire tanto nello stipulare la presa d'acqua quanto nell'eseguirne la concessione.

La disposizione in copia espressa per sè stessa procede semplice e facilissima. L'unica quistione che sopra essa possa farsi, è, se la sua violazione, o più particolarmente, se l'esprimere la quantità d'acqua che si è concessa, in relazione ad una misura o modulo diverso da quello prescritto dalla legge, produca nullità della convenzione. La medesima questione fu promossa dal Senato di Genova sull'art. 643 del codice sardo, da cui è derivato l'italiano, mediante alcune modificazioni, e la Commissione replicò che conveniva imporre nel suo proprio luogo una multa ai notai (vedi motivi cit. pag. 584). Questa multa sotto il codice sardo costituiva una sanzione efficace, attesochè era prescritto l'atto pubblico; ma questa multa dimostra chiaramente che se il notaro mancava a questo suo dovere, ossia non esprimeva la quantità di acqua in relazione al modulo legale, la convenzione continuava a sussistere. Ma la legge italiana rimasta senza sanzione, almeno pecuniaria, potrà almeno dirsi che abbia la sanzione della nullità della convenzione? No, tanto se la consideriamo in relazione alla sua origine, quanto in sè stesso. In effetti anche nell'art. 643 del codice sardo si leggeva « la quantità conceduta dovrà in tutti gli atti pubblici esprimersi in relazione al modulo d'acqua », e tuttavia il sullodato Senato mostrava come tale disposizione rimaneva senza alcuna sanzione contro i contravventori. Considerata poi la legge in sè, dobbiamo notare che la nullità di una convenzione è una vera pena civile, nella quale perciò non s'incorre se non quando è espressamente comminata dalla legge stessa. In questo punto poi neppure apparisce un motivo proporzionato alla gravezza della nullità. L'esprimere la quantità costante dell'acqua in relazione al modulo, è, come dicevamo un mezzo di unificazione della legislazione e di conformità della giurisprudenza; è un provvedimento che varrà ad impedire molte liti, e queste utilità non hanno per certo quella importanza tanto in relazione ai privati, che alla società, che basti a legittimare la nullità della convenzione; come appunto fra gli altri casi è il precetto di fare la donazione per atto pubblico sotto pena di nullità (art. 1856); perocchè qui l'atto pubblico, ha lo scopo d'impedire la sorpresa e la circonvenzione di cui potrebbe esser vittima il donante (1).

§ 231. Il diritto alla presa d'acqua continua si può esercitare in ogni istante (art. 623). Tale diritto si esercita per l'acqua estiva dall'equinozio di primavera a quello di autunno; per l'acqua jemale dall'equinozio di autunno a quello di primavera, e per l'acqua distribuita ad intervalli di ore, giorni, settimane, mesi od altrimenti nei tempi determinati dalla convenzione o dal possesso. La distribuzione d'acqua per giorni e per notti si riferisce al giorno ed alla notte naturali. L'uso delle acque nei giorni festivi è regolato dalle feste di pre-

(1) Pacifici Mazzoni, com. all'art. 622 num. 140.

cetto vigenti al tempo in cui l'uso fu convenuto o si è cominciato a possedere (art. 624).

Non solo la quantità della dispensa (art. 620, 621 e 621), ma eziandio il tempo in cui la presa d'acqua debbasi adoperare, formar suole essenziale oggetto dei contratti di concessione d'acqua. Il tempo dell'uso, ossia della presa, somministra alle acque diversi predicati, cui conviene ben conoscere, per determinare ciò che è di ragione nei casi occorrenti sia de' contratti sia dei giudizii civili.

Quanto al tempo di usare delle acque si distingue l'acqua perpetua dalla temporanea: si l'una che l'altra può essere continua e discontinua. Perpetua dicesi l'acqua che è concessa a perpetuità, benchè l'uso non ne sia continuo. Pietro per esempio concede a Paolo di usare tutta l'acqua del suo fontanile in perpetuo, e nell'estate di ciascuno anno. La concessione è bensì perpetua, ma non continua. Temporanea all'opposta si dice quell'acqua che è concessa per un tempo determinato, come per nove o dodici anni. Continua si chiama l'acqua, il cui uso, almeno per potenza o sia *iure*, non è interrotto da alcuna pausa od intervallo, e che perciò in qualunque ora o momento si può di fatto esercitare. Discontinua per lo contrario si chiama quell'acqua di cui taluno non ha diritto di avere che ad intervalli, quali sono le acque tornarie, cioè divise fra diversi utenti, successivamente, e di cui ciascuno d'essi gode per ore, giorni, settimane ecc.

Il diritto alla presa d'acqua continua, dice l'articolo 623, si può esercitare in ogni istante. Può in conseguenza il concessionario servirsene continuamente senza alcuna interruzione, tanto di giorno che di notte ed in ogni momento.

Nelle concessioni d'acqua discontinua, quando cioè l'acqua è distribuita ad intervalli d'ore, giorni, settimane, mesi, od altrimenti, il diritto di prendere l'acqua si esercita pei tempi convenuti o posseduti, secondo il disposto dell'articolo 624. Ma quali sono i tempi posseduti secondo tale articolo che debbonsi osservare nella presa d'acqua discontinua? Se unicamente si trattasse di quistione di possesso, si dovrebbe, a termini dell'articolo 700 codice civile, osservare la prattica dell'anno precedente alla molestia, ossia alla lite, quella dell'ultimo godimento, ove la presa d'acqua si esercitasse ad intervalli maggiori maggiori di un anno. Ma se la quistione cadesse sul diritto stesso di prendere l'acqua piuttosto in un tempo che nell'altro, se cioè si eccitasse il giudizio petitorio, allora chi pretendesse di far variare la pratica annale o quella dell'ultimo godimento, provar dovrebbe il possesso di trenta anni conforme al suo intento. Poichè la prescrizione trentennaria, la quale è necessaria all'acquisto della servitù continua ed apparente di presa d'acqua è del pari la sola che possa modificarne il modo di esercizio (art. 629 e 668 codice civile).

Nelle distribuzioni per ruota il tempo che impiega l'acqua per giungere alla bocca di derivazione dell'utente si consuma a suo carico: la

coda dell' acqua appartiene a quelle di cui cessa il turno. (art. 625).

Nei canali soggetti a distribuzioni per ruota le acque sorgenti o sfuggite, ma contenute nell'alveo del canale, non possono rattenersi o derivarsi da un utente che al tempo del suo turno (art. 626).

Nei medesimi canali possono gli utenti variare o permutar tra loro il turno, purchè tale cambiamento non rechi danno agli altri. (art. 627). Le distribuzioni per ruota di cui parlasi in questi articoli, e che vengono chiamate *tornarie* sono quelle che non hanno luogo, se non ad interruzioni più o meno lunghe, ma assai frequentemente ripetute, cioè dire a mesi, a settimane, a giorni ad ore, ecc. Le acque dette d' inverno e d' està non sono comprese sotto questa denominazione, avendone una speciale. Le distribuzioni tornarie danno luogo a parecchie difficoltà. La prima è quella che riguarda il tempo che l' acqua impiega per giungere fino all' apertura, incile, incastro, della derivazione dell' utente.

Si supponga che tutta l' acqua di un canale sia distribuita ad ore. Dopo l'orario del mio vicino, la cui apertura incile, incastro è posta superiormente alla distanza di 200 metri della mia, comincia il mio orario; ma l' acqua che era rattenuta da una chiusa a doppia porta, che si chiama *doppiera* non giunge alla mia bocca d' estrazione che mezz' ora dopo. Questo tempo si consuma a carico del dispensatore o dell'utente? Costui può dire: Il mio orario non comincia che con l'entrata dell'acqua nel mio canale. L'altro risponde che non è sua colpa nel ritardo che prova l'utente; che quanto a lui, egli lascia scorrere l'acqua, e che il tempo che impiega per giungere all' utente è necessario pel servizio dell' utente stesso. In conseguenza il nostro codice ha deciso (art. 625), che il tempo di cui si tratta, corre per conto dell' utente che ha diritto a prendere l' acqua. La qual cosa è molto giusta, tanto più che sovente la distribuzione oraria si ha fra i soli utenti. A carico di chi si metterebbe allora il tempo perduto? La seconda difficoltà, in proposito della distribuzione tornaria, nasce dalla coda dell'acqua. Ora che cosa è la coda dell'acqua? Nell' ipotesi che abbiamo più sopra stabilita, alla fine del mio orario viene il turno di un altro vicino. Se questo vicino, che è superiore non solo alla mia bocca, ma ancora a quella di un altro che è posto tra noi, abbassa e chiude le porti della sua chiusa, rattiene necessariamente il corso dell' acqua che discendeva verso la mia bocca.

L' acqua che è al di sopra della sua chiusa essendo per tal modo rattenuta, s'incammina per la bocca del prenditore, ma l' acqua sfuggita al di sotto non può tornare indietro: essa continua a scendere giù pel canale. Ecco la coda (1). A chi apparterrà? È una vecchia quistione che Ciriaco ha risoluto il primo (2) in favore dell'utente, di cui cessa il turno, *illius qui tunc temporis irrigat*. Poichè questi perde

(1) Romagnosi, Condotta delle acque; § 1162.
(2) Nigri Ciriaci, Controv. Forens. CCCXI n. 26 e seg.

il tempo che corre tra la chiusura della bocca del vicino superiore e l'arrivo alla sua apertura, è giusto che profitti della coda. Essa gli appartiene perchè destinata per lui, poichè ha cominciato a discendere per suo conto nel tempo del suo orario. Pecchio intanto facendo plauso a questa opinione decide che la coda non appartiene successivamente a tutti gli utenti; ma interamente all'ultimo. La decisione di Romagnosi è nello stesso senso (1). Egli dice che nessuno degli altri utenti, il cui diritto è isolato, può pretendere la coda, la quale appartiene all'ultimo per lo stato fisico della località. La vera soluzione di questa quistione speciale si trova nei principii di Ciriaco. L'ultimo utente di Pecchio e di Romagnosi non ottiene la coda se non perchè cessa il suo turno. Se per gli altri non v'ha diritto a codesta coda dell'acqua, egli non ha per nulla a dividere con loro. Ma se si generalizza il principio che lo stato fisico delle cose deve regolare l'attribuzione della coda dell'acqua, si commette una ingiustizia grave, perchè allora l'ultimo utente profitterebbe solo delle acque sfuggite dalle chiuse superiori.

§ 232.° Chi ha diritto di servirsi dell'acqua come forza motrice non può senza una espressa disposizione del titolo impedirne o rallentarne il corso, procurandone il ribocco o ristagno (art. 628). I meccanici chiamano forze motrici quelle applicate alle macchine o destinate a vincere delle resistenze; epperò diconsi *motori* gli agenti principali per produrle, come gli animali, l'*acqua corrente*, il vento, il vapore, le forze, elastiche, ec. Egli è manifesto che se di fronte ad un'acqua corrente si opponga una diga od una chiusa qualunque, ne nasce per l'ordinario gradatamente prima un ristagno, e poscia uno straripamento allorchè l'acqua giunge a superare i bordi del canale o dell'alveo. Or quando gl' impedimenti succennati sian tali che si stimino inevitabili quegli effetti, colui che si serve dell'acqua come forza motrice non può praticare veruna diga o intoppo di qualunque natura che ne disturbi il corso ordinario (2). Ma la proibizione d'impedire o di rallentare il corso dell' acqua è subordinata alla condizione che ne sia cagionato il ribocco od il ristagno. A vero dire questo è un effetto immanchevole, ma secondo sembra può riuscire innocuo anche se sia violento, come se l'acqua rigurgitasse verso il serbatoio, nel quale la massa d'acqua lo paralizzasse, parimente sembra che se il corso fosse rallentato o impedito lentissimamente non dovrebbe seguirne effetto dannoso, e perciò mancherebbe l'interesse, e così l'azione di opporvisi. D'altro canto il rallentare o l'impedire il corso è sovente una necessità dell'uso stesso dell'acqua, come avviene, per dirne un caso incontestabile, quando sia necessario spurgare o riparare il canale di condotta. Laonde la regola scritta in questo articolo dev'essere intesa assai temperatamente, ed applicata con savissimo discernimento (3).

(1) Condotta delle acque, § 1235.
(2) Promontorio, Servitù prediali su l'art. 628.
(3) Pacifici Mazzoni, Com. su l'art. 628, § 169.

§ II.

Del modo in cui per fatto dell' uomo si stabiliscono le servitù.

§ 233.° Dopo essersi definita la servitù, e distinte le sue diverse specie, è d' uopo trattare dei modi coi quali possono stabilirsi per fatto dell' uomo.

§ 234.° Le servitù continue ed apparenti possono stabilirsi in tre modi, cioè o per virtù di un *titolo* o per *prescrizione*, o per *destinazione del padre di famiglia.*

Intendesi per titolo un atto scritto, un documento qualunque che dimostri o indichi qualche nostro diritto. Dicesi *titulus a tuendo hoc est indicando id cui superscribitur ne incidit ambiguitas* (1). Egli è necessario che vi esista il titolo comunque esso è richiesto solo per la pruova (*probationis causa*) non per solennità del contratto. Ed essendo necessaria la pruova per mezzo di scritto non sarebbe valida una semplice confessione stragiudiziale, ovvero un giuramento decisorio (art. 1364) nè la prova testimoniale (art. 1314); dovrebbe dirsi il contrario della confessione giudiziale (art. 1359) poichè nei giudizi si contratta. Tutti gli atti coi quali si riconoscono i diritti e le obbligazioni, si stringono o si modificano i rapporti giuridici, sono valevoli a costituire le servitù prediali. Possono quindi stabilirsi con atti tra vivi o per testamento, per contratto di vendita, di permuta, di transazione, e mercè ogni altra carta o scrittura con la quale è dato il consenso nelle forme legali.

Le sentenze sono del pari titoli valevolissimi a provare la servitù, come pure gli atti di divisione, e d' immissione in possesso, purchè fatti alla presenza dei legittimi interessati e dai medesimi sottoscritti.

Col titolo si può stabilire qualsiesi specie di servitù, e se esso consiste in un atto fra vivi dev'essere reso pubblico col mezzo della trascrizione per conservare la sua efficacia rispetto ai terzi (art. 1932). Siffatta regola è comune ad ogni servitù sia continua sia discontinua, sia apparente o non apparente, poichè la legge non fa veruna distinzione al riguardo.

In principio il solo proprietario può imporre una servitù sul suo fondo, malgrado le ipoteche che già lo affettano, ma se con ciò diminuisse le cautele ai creditori (art. 1176), potrebbero chiedere un supplemento d'ipoteche, o domandare il pagamento dei loro crediti a termine. Stante il divieto di alienare il fondo dopo il precetto, sarebbe anche nulla ogni qualsiasi costituzione di servitù da parte del debitore (art. 2085).

Il titolo che costituisce la servitù dee aver luogo tra persone capaci e tra proprietari del fondo servente e dominante, essendo di niuna

(1) Calv. Lexicon.

importanza giuridica le ricognizioni che partono dai coloni, ed ogni altro possessore precario della cosa.

§ 235.° In secondo luogo le servitù continue ed apparenti si stabiliscono inoltre con la prescrizione di trenta anni (art. 629). Per diritto romano anche le servitù discontinue si potevano acquistare col mezzo della prescrizione: *Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo. Sed utilem habet actionem ut ostendat per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse* (1). *Si quas actiones adversus eum qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas more solito per iudicem exercere non prohiberis. Is qui iudex erit longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet: modo si is qui pulsatur nec vi, nec clam, nec precario possidet* (2).

Il possesso perchè si elevi a prescrizione in fatto di servitù continua, deve essere *continuo*, cioè che si sia usato della cosa per una serie di atti certi di possesso, non essendo sufficienti quelli isolati; dev'essere *non interrotto*, vale a dire vuol essere esercitato in modo che il proprietario del fondo che si pretende servente, non abbia fatto alcun atto dal quale si desuma la intenzione di volersi opporre alla pretesa del vicino; dev'essere *pacifico*, poichè riprovata la violenza dalla legge, non può servire di fondamento all'acquisto di qualsiesi diritto. Nondimeno il possesso utile comincerebbe dal momento in cui la violenza fosse cessata (art. 689); dev'essere *pubblico*, cioè abbastanza cognito onde non possa dubitarsi che il proprietario del fondo su cui si esercita non ne abbia notizia, come avverrebbe di un possesso esercitato in tempo di notte, e solo nel caso di assenza del padrone dal luogo; dev'essere *non equivoco*, epperò se il proprietario del fondo ha tolto in fitto un podere vicino al suo, e vi ha stabilito un corso di acqua che dal fondo fittato passa nel proprio, non può dirsi operata la prescrizione, ove le cose restino in tal modo per trent'anni, poichè il possesso è equivoco, essendo incerto se il fittaiuolo abbia usato di quell'acqua nel fine di acquistare la servitù o per goderne temporaneamente durante il corso della locazione; dev'essere non *precario*, cioè con animo di tener la cosa come propria; epperò un fittaiuolo, un sequestratario giudiziario, un usufruttuario, non possono mai prescrivere. I tribunali chiamati ad apprezzare sotto questo rapporto il carattere del possesso devono tener conto dell'insieme delle circostanze della causa, e sopratutto ricercare se lo stato delle cose presentato come costitutivo della servitù sia tale da cagionare una reale incomodità al proprietario del fondo preteso servente, e se questi avesse avuto un serio interesse di opporsi all'esercizio delle opere im-

(1) L. 10 Dig. si servit. vind.
(2) L. 1 Cod. de servit.

portanti la servitù. La soluzione negativa su questo punto di fatto in generale e senza formale contradizione, deve far considerare il possesso come esercitato à ragione di semplice tolleranza, epperò inefficace ad operare la prescrizione. Così per esempio, l'esistenza di aperture praticate in un edifizio non può condurre all'acquisto di servitù di vedute per prescrizione, quando queste rispondono sul tetto della casa vicina (1).

§ 236.° La prescrizione incomincia a decorrere nelle servitù affermative dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante cominciò ad esercitarle; nelle servitù negative il possesso utile per la prescrizione comincia dal giorno della proibizione fatta con atto formale dal proprietario del fondo dominante a quello del fondo servente per contrastargli il libero esercizio del medesimo (art. 631). Le servitù affermative sono quelle in forza delle quali il proprietario del fondo servente dee permettere che il proprietario del fondo dominante eserciti il suo diritto, come l'appoggio, il prospetto nel fondo vicino; le negative sono quelle mercè le quali il fondo dominante esercita sul servente una interdizione, come il divieto di edificare, di non alzare le fabbriche al di sopra delle esistenti, di non alterare un corso di acqua, di non togliere il declivio ai lastrici, non oscurare un lume, ec.

§ 237.° Il tempo necessario a prescrivere è di anni trenta (art. 629). Ma su questo punto elevasi una grave disputa per sapere se possa operarsi in dieci anni la prescrizione a favore di chi avesse acquistato in buona fede la servitù in forza di un titolo, che sia stato debitamente trascritto, e che non sia nullo per difetto di forma. La opinione negativa è seguita molto comunemente dalla giureprudenza francese e dagli scrittori (2). Sotto l'impero delle leggi napolitane del 1819, sebbene facevasi tra noi la stessa disputa, pure con un ultimo arresto del 2 sett. 1865 la Corte di Cassazione avvisava per la prescrittibilità col possesso di anni dieci; e crediamo che non possa tenersi avviso diverso sotto l'impero della legge italiana, il cui art. 2137 corrispondente all'art. 2171 delle leggi del 1819 è molto immutato, e statuisce appunto su l'acquisto dei diritti reali, tra' quali deve essenzialmente comprendersi la servitù, e dei quali niuna menzione si faceva nel citato art. 2171 delle leggi napolitane del 1819.

Nel caso di acquisto della prescrizione col tempo di dieci anni, è necessario che il titolo emani da colui che in buona fede si credeva padrone del fondo sul quale la servitù si è imposta, e non da colui che aliena il fondo preteso dominante, il quale nell'atto di alienazione ha dichiarato che gode della tale servitù.

§ 138.° In terzo luogo le servitù continue ed apparenti si costituiscono con la destinazione del padre di famiglia. Dicesi destinazione del padre di famiglia lo stato in cui il proprietario di più fondi

(1) Aubry e Rau § 251 p. 552.
(2) Toullier, t. 3, n. 630; Pardessus t. 2, n. 268; Solon, n. 396; Marcadé, art. 690 n. 2; Demolombe, n. 782.

ha ordinati e disposti i medesimi pel loro scambievole uso, o il padrone di un fondo ha disposto che una parte di esso servisse all'altra, sia per accrescerne la vaghezza, sia la comodità, come se il proprietario di un fondo rustico stabilisse su lo stesso un acquedotto pubblico e visibile, che intersecando una parte di esso, possa giovare l'altra porzione del fondo stesso, o se un proprietario di un edificio abbia aperto dei lumi che sporgono su di un cortile, o aperto un muro per far attingere acqua. Se dopo morto costui gli eredi dividono il territorio in due parti, ovvero i due palazzi, chi di costoro abbia nel partaggio il palazzo gravato della servitù di lume o di presa di acqua, deve tollerarla perchè imposta per destinazione del padre di famiglia.

Quando lo stesso territorio o i due palazzi vicini appartenevano allo stesso proprietario, i vantaggi che una parte o l'uno dei fondi offriva all' altro, non si consideravano come servitù, ma come conseguenze del diritto dominicale. Ma se una parte dello stesso fondo, ovvero uno dei due predii posseduti dallo stesso proprietario, passi in alieno dominio, sia per vendita, permuta, donazione, testamento od ogni altro titolo, o il proprietario divide un fondo tra più eredi, o essi stessi se lo dividono, i vantaggi si cambiano in servitù, poichè continuano a sussistere, se non siavi stata stipulazione in contrario (art. 632 e 633). Egli è però utile di qui avvertire che per esservi destinazione del padre di famiglia, non basta un fatto passaggiero, ossia una situazione provvisoria data a due fondi dallo stesso precedente proprietario di entrambi; ma occorre una destinazione stabile, che sia stata dettata o dalla necessità di giovare alla coltivazione di tutte le parti dello stesso fondo, ovvero dalla naturale disposizione dei due edifizi, la quale esigeva che l'uno guardasse su l'altro, o dall' altro si attingesse l'acqua per uso dell'altro, e dopo furono create opere visibili e permanenti per togliere alla presa di acqua il carattere di servitù discontinua che ha bisogno essenzialmente del titolo.

§ 239.° Le cose da provarsi per costituirsi la servitù per la destinazione del padre di famiglia, sono due: 1° che due fondi attualmente divisi sono stati posseduti dallo stesso proprietario; 2° che questi pose o lasciò le cose nello stato dal quale risulta la servitù. In tal modo si è posto termine alla disputa per sapersi il genere della prova necessaria per assodarsi che i due fondi di oggi, erano in passato posseduti dallo stesso proprietario; e quindi può una tal prova farsi sia con titoli, sia con testimoni; e la stessa prova per testimoni si può ammettere per la prima delle due condizioni.

§ 240.° Dopo che abbiamo parlato dei modi di stabilire le servitù continue ed apparenti, è d' uopo trattare dei modi di acquistare le servitù discontinue o le continue non apparenti.

L'unico modo che la legge riconosce per lo acquisto di siffatte servitù, si è il titolo, cioè un atto qualunque dal quale risulti la costituzione della servitù. Con la parola *titolo* la legge non ha voluto di-

notare la causa del possesso della trasmissione del dominio, ma bensì i documenti che esprimessero lo stabilimento della servitù. La ragione per la quale le servitù continue non apparenti e le discontinue, non si possono acquistare mediante il possesso, si è che senza la *continuità* e la *pubblicità* non si può verificare il possesso legittimo necessario per la prescrizione. Infatti per le servitù continue, ma non apparenti manca il possesso, che è il requisito della pubblicità, e per tutte le discontinue sieno o non sieno apparenti, manca l'altro elemento della continuità. Dunque non è per esso possibile l'acquisto per prescrizione. Sonovi poi ragioni derivanti da principii filosofici. In generale si può dire essere non apparenti tutte le servitù di divieto. Or queste per loro natura, ossia per l'essenza stessa delle cose, non si possono attivamente acquistare, nè passivamente contrarre, se non in via di un atto positivo per sè comprovante l'abdicazione ad una potestà conferita dalla natura, e garentita dalla legge. Laonde tale servitù di divieto non può derivare che da un atto positivo di rinuncia ad un naturale diritto inerente alla proprietà goduta da taluno. Si dice diritto per dinotare che questa servitù colpisce soltanto la parte morale e non la fisica degli umani possedimenti, stantechè un divieto consiste essenzialmente non nel togliere il fatto materiale del possesso di un fondo, ma bensì nell'obbligare moralmente e legalmente ad astenersi da qualche atto che si potrebbe fare. Ora un atto che si potrebbe praticare da altri non è cosa che possa soggiacere al fisico possesso, e perciò è più che manifesto che per le servitù di divieto, non si può nè si potrà mai verificare a pro d'altrui un diritto mediante un possesso esercitato come si suole acquistarlo usando di una cosa materiale (1).

Per le servitù discontinue poi non si riconosce il possesso, in quanto che gli atti pei quali queste servitù si esercitano hanno un carattere assolutamente equivoco, incerto e precario, e possono interpretarsi come atti i quali si succedono non per la riconoscenza di un diritto, ma per mera licenza e tolleranza di colui a danno del quale questi atti cadrebbero, e i diritti del quale sarebbero da questi atti limitati. Quindi è naturale che questi, qualunque sia lo spazio di tempo per cui si esercitano, non valgono a costituire quel titolo di possesso che è capace a determinare l'acquisto o la libertà delle obbligazioni corrispondenti (2). In conseguenza bene si è avvisato il legislatore a stabilire che le servitù non apparenti e le servitù discontinue, debbono esser comprovate con prova scritta, escludendo la testimoniale. Ciò è coerente anche ad altre parti della legislazione, la quale non ha voluto abbandonare alla vaga, difficile e precária pruova testimoniale se non quel tanto che la possanza legislativa non ha potuto sottrarre al di lei impero. Questa sollecitudine infinitamente provvida tende ad assicurare l'esercizio pratico dei diritti in una incivilita società (3).

(1) Romagnosi, Condotta delle acque, § 785 a 790.
(2) Pisanelli, Discorso alla Camera dei Deputati nella tornata dei 14 febbraio 1865.
(3) Romagnosi, Condotta delle acque, § 790.

§ 241.° In mancanza di atto pubblico o della scrittura privata con cui si è costituita alcuna delle servitù che non può essere stabilita altrimenti che col titolo, la prova di tale servitù non può risultare che da un documento il quale ne contenga la ricognizione (art. 634). Codesto documento perchè possa stabilire legalmente l'esistenza della servitù deve provenire dal proprietario del fondo servente. Epperò a nulla varrebbe che il contratto di acquisto del fondo dominante enunciasse di essere inerente allo stesso il possesso di una servitù continua non apparente o discontinua, sia o no rivelata da segni esteriori, poichè ciò equivarrebbe a formare un titolo a sè stesso. Egli è poi indifferente che l'atto di ricognizione proceda dall' attuale o dal precedente proprietario.

Nel diritto anteriore, elevatasi disputa, se il documento contenente la ricognizione della servitù dovesse essere del tenore del titolo primitivo, si è risoluta in senso negativo. Siffatta disputa non è possibile nel novello dritto, per non essersi riprodotta la disposizione racchiusa nell'articolo 1337 del codice francese, cioè che gli atti di ricognizione non dispensano dall'esibire il documento primordiale, qualora il tenore di esso vi si trova specificamente riportata.

Per documento di ricognizione dee intendersi qualunque carta o scrittura con la quale il proprietario del fondo servente riconosca la servitù sul proprio fondo a favore del proprietario vicino che la reclama; quindi risulta che le servitù anzidette non possono mica provarsi con la confessione stragiudiziale del proprietario del fondo servente, ovvero con la prova per testimoni tuttochè vi sia un principio di prova scritta, poichè se ciò era possibile pel diritto anteriore che non richiedeva assolutamente la prova scritta per l'acquisto degl' immobili o dei dritti reali immobiliari, l'opposta regola è stabilita nel codice vigente.

§ 242.° Il proprietario può, senza il consenso dell' usufruttuario, imporre al fondo le servitù che non pregiudicano ai diritti di usufrutto; coll'assenso dell'usufruttuario può imporvi anche quelle che lo diminuiscono (art. 635). Il proprietario non potendo nuocere in alcun modo ai dritti dell' usufruttuario (art. 495) non può in conseguenza imporre sul fondo dato in usufrutto alcuna servitù. Ma se questa fosse di tal natura da lasciare intatto il dritto di usufrutto, è chiaro che il proprietario potrebbe imporla validamente, come se si trattasse della servitù *alius non tollendi, non aedificandi*, poichè l' usufruttuario attesa la natura del suo diritto e dei suoi obblighi, dee godere le cose nello stato in cui si trovano, nè può elevare altri piani nell'edificio, nè può edificare sul nudo suolo. Al contrario non potrebbe imporre la servitù di passaggio, di pascolo, di acquedotto, di prospetto, senza il consenso dell' usufruttuario; eccetto se si trattasse di contratti a termine da principiare l'esercizio delle servitù nel tempo in cui cessa l'usufrutto.

§ 243.° Dopo di aver veduto in che modo si stabiliscono le servitù discontinue o le continue non apparenti, passiamo ad esaminare le leggi speciali a talune servitù.

La servitù concessa da uno dei comproprietari di un fondo indiviso, non vi s'intende stabilita e realmente impressa, se non quando gli altri l'abbiano anch'essi concessa unitamente o separatamente. Le concessioni per qualsivoglia titolo fatte dai primi rimangono sempre in sospeso sintanto che sia seguita quella dell'ultimo. La concessione però fatta da uno dei comproprietari, indipendentemente dagli altri, obbliga non solo il concedente, ma i suoi successori anche particolari ed aventi causa a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso (art. 636). Un solo dei comproprietari di un fondo indiviso non può imporre di regola la servitù senza il consenso degli altri, per la semplice ragione che niuno fra i condomini può fare innovazioni nella cosa comune e disporre delle quote degli altri. La regola non era diversa nel diritto romano: *Unus sociis fundi comuni permittendo ius ire, agere nihil aget* (1). *Unus ex dominis comunium aedium servitutem imponere non potest, quia per partes servitutes imponi non potest, sed nec adquiri* (2). Ma se uno dei comproprietari facesse la concessione indipendentemente, essa obbligherebbe non solo il concedente, ma i suoi successori anche particolari e aventi causa a non mettere impedimento all'esercizio del diritto concesso. In riguardo poi agli altri condomini la concessione non produce alcun effetto. Ma se essi facciano la concessione per la loro parte e porzione, o ratifichino quella fatta da uno di loro la servitù si reputa validamente imposta. Siffatta concessione può essere fatta da altri condomini sia unitamente, sia separatamente.

In conseguenza delle cose dette, se il condomino del fondo indiviso diviene in seguito padrone dell'intero fondo, è tenuto a rispettare la servitù da lui consentita anteriormente; avvegnachè la convenzione valida in sè stessa, diviene obbligatoria per lui quando dipende da lui solo di assicurarne la esecuzione: *Ex novissimo actu*, dice Paolo, *etiam superiores confirmentur* (3).

L'usufruttuario poi non può mai imporre servitù, poichè offenderebbe i diritti del proprietario, i quali sono, quanto al presente di non essere danneggiato con alcuna diminuzione di valore della sua proprietà, e quanto al futuro di veder conservata la piena libertà ed il pieno godimento del fondo che ritorna nelle sue mani.

§ 244.° Gli scoli derivanti dall' altrui fondo possono costituire una servitù attiva a favore del fondo che li riceve, all' effetto d' impedire la loro diversione.

Allorchè il modo d'acquisto di tale servitù è la prescrizione, questa non si ha per cominciata se non dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia fatto sul fondo servente opere visibili e permanenti destinate a raccogliere e condurre i detti scoli a proprio vantaggio, oppure dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia cominciato o continuato a goderli, nonostante un atto formale

(1) L. 39. Dig. de servit. praed rust.
(2) L. 7 princ. Dig. com. praed.
(3) L. 18. Dig. comm. praed.

di opposizione per parte del proprietario del fondo servente (art. 637). Gli scoli provenienti dalle irrigazioni acquistarono col progresso dell' agricoltura un' importanza che prima non avevano. Sorge quindi un nuovo conflitto d'interessi sul diritto di goderli, e con esso la necessità di provvedimenti legislativi.

Quando l'acqua era sovrabbondante, perchè l'irrigazione poco apprezzata, per modo che il suo maggiore benefizio consisteva nel dar moto a macchina, gli scoli cadenti dal fondo superiore costituivano un peso pel fondo inferiore che doveva riceverli. Ora l'onere essendo diventato un vantaggio viene invocato come un diritto; la servitù passiva si cambia in servitù attiva.

Si dovettero conseguentemente determinare alcune condizioni per dare un'efficacia al possesso degli scoli, vale a dire attribuire al medesimo il carattere di un vero diritto (1).

Il codice ammise la disposizione anzidetta relativa al modo di acquisto della servitù degli scoli, la quale può stabilirsi con la prescrizione, per titolo e per destinazione del padre di famiglia. Se il modo di acquisto è la prescrizione questa non si ha per cominciata se non dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia fatto sul fondo servente opere visibili e permanenti destinate a raccogliere gli scoli a proprio vantaggio, sicchè per poter cominciare la prescrizione sono necessarie le opere visibili e permanenti, e può anche aver luogo la prescrizione a cominciare dal giorno in cui siavi stato atto formale di opposizione da parte del proprietario del fondo servente, e nondimeno siensi continuati a godere gli scoli da parte del proprietario del fondo dominante. La continuazione del possesso dopo l'atto di opposizione può essere assicurata con qualsiesi specie di prova sia scritta sia orale.

§ 245.° Lo spurgo regolare e la manutenzione delle sponde di un corso aperto sul fondo altrui, destinato e servente a raccogliere e a condurre gli scoli, fa presumere che esso sia opera del proprietario del fondo dominante quando non avrà titolo, segno o prova in contrario. Si reputa segno contrario l'esistenza nel cavo di edifizi costrutti e mantenuti dal proprietario stesso del fondo in cui il cavo è aperto (art. 638). Il proprietario del fondo inferiore ha diritto agli scoli, se li ha di già goduti per trent'anni, poichè ha acquistato il diritto con la più lunga prescrizione. Epperò se egli trovasi di avere aperto sul fondo altrui un cavo destinato a raccogliere e condurre siffatti scoli, devesi supporre che lo spurgo regolare e la manutenzione dello stesso sia opera di colui che trae profitto da un tale cavo quando non vi sia titolo, segno o prova in contrario. Si reputa segno contrario l'esistenza sul cavo di edifizi costrutti e mantenuti dal proprietario stesso del fondo in cui il cavo è aperto, il quale dimostrò esser necessario o a quelle costruzioni od al fondo per un caso qualunque. In tal rincontro questo cavo costituisce una servitù continua ed apparente a favore del

(1) Pisanelli, relazione sul progetto del codice civile.

proprietario superiore ove esistono gli edifizi, non già del fondo inferiore ove potrebbero intervenire le acque.

SEZIONE III.

DEL MODO COME SI ESERCITANO LE SERVITÙ.

§ 246.° Dopo di aver noi veduto che cosa sieno le servitù, le loro specie, e i modi coi quali si possono stabilire, è d'uopo esamare dei diritti ed obblighi rispettivi dei proprietari dei fondi dominanti e servienti.

§ 247.° Ed in prima determinando la legge che cosa comprende il diritto di servitù, stabilisce che essa concerne tutto ciò che è necessario per usarvi, qualunque sia il modo ond'è stabilita; poichè chi concede il fine deve concedere pure i mezzi per conseguirlo, che sarebbero gli accessori della servitù principale: così la servitù di attingere acqua alla fonte altrui racchiude il diritto del passaggio nel fondo dove si trova la fonte; il diritto di far passare le acque nel fonde altrui comprende quello di passare lungo le sponde del canale per vigilare la condotta delle acque e farvi gli spurghi e le riparazioni occorrenti (art. 639): *Qui habet haustum iter quoque habere videtur ad hauriendum* (1). Se nel primo caso la servitù di passaggio è necessaria per esercitare quella di attingere l'acqua non può essere ricusata; ma se cessa la prima per essere disseccata la fonte, cessa di conseguenza anche la seconda.

Siffatta servitù non potrebbe essere esercitata come principale sul fondo stesso; ma solo per l'occasione di attingere l'acqua, e dalle sole persone inviate per attingerla.

La servitù accessoria di passaggio non impedisce mica al proprietario del fondo servente di chiudere il suo fondo, a condizione che lasci libero e comodo l'ingresso a chi esercita il diritto di servitù (art. 639). Epperò la siepe od il muro di chiusura saranno muniti di comoda apertura, la cui porta o cancello devono essere provveduti di doppia chiave ad uso del proprietario del fondo servente o dominante, onde potessero entrambi liberamente entrare nel fondo su cui la servitù si esercita.

§ 248.° Dallo stesso principio che il diritto della servitù comprende tutto ciò che è necessario per usarne, segue che il proprietario del fondo dominante abbia la facoltà di fare le opere necessarie per usare della servitù e conservarla; ma deve scegliere il tempo e modo che arrechi minore incomodo al proprietario del fondo servente (art. 640). La stessa regola esisteva nel diritto romano: *Si prope tuum fundum ius est mihi aquam rivo ducere, tacite haec iura sequuntur*,

(1) L. 3. Dig. de servit.

ut reficere rivum mihi liceat, ut adire qua proxime possim ad reficiendum eum ego, fabrique mihi, item ut spatium mihi dominus fundi; quo dextera et sinistra ad rivum adeam, et quo terram, limum, lapidem, arenam, calcem iacere possim (1). E ciò ragionevolmente, poichè la costituzione della servitù sarebbe illusoria, se venisse proibito al compratore di fare i lavori necessari per usarne e goderne, sia che questa è costituita col titolo, sia per effetto di prescrizione. Epperò trattandosi di restaurare un acquedotto, il proprietario del fondo, dominante può condurre gli operai nel fondo servente, deporvi i materiali occorrenti, e dopo i restauri, cessare da ogni uso del fondo ed indennizzare il proprietario di questo di ogni danno che indipendentemente dall'opera da farsi può essergli stato arrecato. Se poi quegli che vuole eseguire i lavori trova opposizione, dee premunirsi della necessaria autorizzazione, cioè chiedere l'analoga condanna del proprietario del fondo servente, da eseguirsi con l'intervento della pubblica forza in caso di ulteriore resistenza.

Le opere necessarie per usare della servitù sono diverse secondo la natura della medesima; così per la servitù di acquedotto l'opera necessaria può essere quella di scavare e ripulire il canale, o nel ricostruire il condotto; in quella di passaggio l'assestare ed assodare il luogo, ovvero togliere i rami che intralciano la via: *Si iter legatum sit, quo, nisi opere manufacto, ire non possit, licere fodiendo, substruendo iter facere Proculus ait* (2). *Si quis mihi itineris, vel actus, vel viae controversiam non faciat, sed reficere, sternere non patiatur, Pomponius libro eodem scribit, confessoria actione mihi utendum: nam et si arborem impendentem habeat vicinus qua viam, vel iter invium, vel inabile facit, Marcellus quoque apud Julianum notat, iter petendum vel viam vindicandam* (3).

§ 249.° Le opere anzidette devono farsi a spese del proprietario del fondo dominante; salvo se diversamente non trovasi stabilito nel titolo costitutivo della servitù. Ma se l'uso della cosa nella parte soggetta a servitù sia comune fra il proprietario del fondo dominante e quello del fondo servente, le opere saranno fatte in comune ed in proporzione dei rispettivi vantaggi; salvo se il titolo disponga altrimenti (art. 641). Egli era giusto di mettere le spese a carico del proprietario del fondo dominante, poichè egli ne trae profitto, e non già il proprietario del fondo servente. Ed in conseguenza dello stesso principio che la spesa dee farsi a carico di colui al quale torna utile, il principio di sopra stabilito soffre un'eccezione nel caso che l'uso della cosa nella parte soggetta a servitù sia comune tra il proprietario del fondo dominante e quello servente, come se si fosse conceduta la servitù di acquedotto su di un fondo, e il canale che vi si

(1) L. 1 Dig. comm. praed, tam urb. quam rust.
(2) L. 10 Dig. de servit.
(3) L. 4, § 5 Dig. si servitus vind.

facesse per la condotta delle acque, servisse al fondo per lo scolo di quelle che o vi scaturiscono, o vi cadono dal cielo, o vi fluiscono dai fondi superiori.

Egli è utile rischiarare la teorica mercè di un esempio. Più coeredi di uno stesso padrone di un acquedotto convengono e riconoscono che i cavi sono comuni. In questo caso sotto un aspetto tutti sono dispensatori; sotto un altro aspetto poi sono tutti derivatori ed utenti dell'acqua indivisa. È per se manifesto che qui la spesa della intera manutenzione cade sopra tutti in una maniera solidale, ben inteso che il carico sia proporzionato al godimento. Suppongasi che l'acqua del cavo comune sia stata divisa tra essi ed assegnata con date proporzioni in proprietà ad ognuno. In questo caso sarà sempre vero che dovrà esistere a una fonte comune o un tronco di un canale, il quale poi venga ripartito nelle rispettive porzioni assegnate. Qui dunque si ha il capo dell'acqua, il quale non si potrà mai considerare diviso, e si hanno pur anche tanti canali derivatori di speciale appartenenza di ogni possessore. In questa posizione di cose ognuno sente egualmente che la manutenzione del capo dell'acqua deve spettare a tutti i condividenti, e che la manutenzione dei canali derivatori spetta ad ogni possessore in particolare. La proporzione dev'esser sempre regolata a norma della quota d'acqua derivata da ognuno (1).

Qualora per determinare la natura delle opere fosse necessaria una perizia, è naturale che essa facendo parte delle spese, sarebbe a carico del proprietario del fondo dominante. Ma se fosse resa necessaria da illegittime opposizioni da parte del proprietario del fondo servente, è del pari facile a comprendere dover la spesa cedere a carico di costui.

Ma se sia della natura della servitù che chi la soffre nulla dee fare, e neanco contribuire alle spese necessarie per l'esercizio libero della stessa, nondimeno le parti possono col titolo costitutivo o con altro posteriore porre a carico del proprietario del fondo servente le opere necessarie per l'uso di essa: tale sarebbe la servitù *oneris ferendi*, per la quale il proprietario del muro sul quale il peso si è innalzato, ha l'obbligo di rinforzarlo o rifarlo.

§ 250.° Nella servitù di presa e di condotta d'acqua, quando il titolo non disponga altrimenti, il proprietario del fondo servente può sempre domandare, che il cavo si mantenga convenientemente spurgato e le sue sponde sieno in istato di buona riparazione a spese del proprietario del fondo dominante (art. 642). L'alveo per cui decorre un'acqua va soggetto ad essere ingombrato da materie sedimentizie che man mano impigliandosi e stratificandosi, giungerebbero a rilevarlo di livello ed ostruirlo talvolta con aperto danno del fondo servente, se quello non si espurgasse nei tempi e modi che il bisogno pratico esige. Le sponde, sia per coni interni, sia per iscoscendimento dei ma-

(1) Romagnosi, Condotta delle acque, § 1112 e 1115.

teriali espurgati, van soggette anch'esse a quotidiane degradazioni ed alterazioni, per cui han bisogno di tanto in tanto di essere riparate per conservarsi nel loro stato primiero; la qual cosa se venisse trascurata cagionerebbe inevitabilmente delle frane e delle occupazioni di suolo in detrimento del fondo servente.

Laonde se un fondo è tenuto alla servitù di uno scavo per la presa o condotta d'acqua, il proprietario di quello non è tenuto per soprappiù a soffrire maggiori danni nel suo fondo, come sarebbero quelli nascenti da inondazione, da scoscendimento, da occupazioni di suolo che in qualunque modo potessero danneggiare il suo fondo. Epperò egli è sempre nel diritto di richiamare il proprietario del fondo dominante all'adempimento dei suoi doveri (1).

Per altro quante volte il proprietario del fondo servente non avesse interesse a quello spurgo e a quella manutenzione, come sarebbe allorchè nessun danno gli viene dal cattivo stato del cavo, nè ha giusta ragione di temerne, questo articolo non dovrebbe applicarsi, essendo certo principio di non darsi azione senza interesse. Nè faccia difficoltà che la legge sancisca potere il proprietario del fondo servente dimandar sempre che il cavo sia convenientemente spurgato e le sponde ben riparate, perciocchè quel sempre si riferisce al tempo, e non al diritto, e si vuole dichiarare imprescrivibile la facoltà di fare quella dimanda, non ostante che siesi tollerato per trenta e più anni che il cavo fosse in pessimo stato (2).

§ 251.° Quando pure il proprietario del fondo fosse tenuto in forza del titolo alle spese necessarie per l'uso o per la conservazione della servitù, può sempre liberarsene, abbandonando il fondo servente al proprietario del fondo dominante (art. 643). Essendo l'onere delle spese di indole essenzialmente reale, e non personale, ne segue che il proprietario del fondo servente possa liberarsene con l'abbandonare al proprietario del fondo dominante il fondo su cui esisteva la servitù. La stessa regola si osservava nel diritto romano: *Denique*, dice Labeone, *licere domino rem derelinquere* (3). Siffatto diritto di abbandono compete non solo al proprietario del fondo servente, ma ancora a tutti i suoi successori tanto universali quanto particolari. Se poi il fondo appartiene a più proprietari *pro indiviso*, è chiaro che ciascun comproprietario può liberarsi dalle spese, abbandonando la sua quota di fondo agli altri comproprietari.

§ 252.° Ma che s'intende per fondo servente? Egli è d'uopo distinguere tre casi: 1° se tutto il fondo sia servente, come una servitù di pascolo; 2° se sia servente una sola parte di esso, come una servitù di passaggio o di acquedotto sopra una zona verso il confine del fondo; 3° se in diritto sia servente tutto il fondo, e di fatto una sola parte, come se la servitù di acquedotto si fosse conceduta inde-

(1) Promontorio su l'art. 642.
(2) Pacifici Mazzoni, su l'art. 642, § 290.
(3) L. 6 § 1 serv. vind.

terminatamente sopra il fondo, e di poi fosse stata determinata lungo il confine. Or nel primo caso non vi ha dubbio che bisogna abbandonare tutto il fondo; come nel secondo caso devesi abbandonare la sola parte su cui la servitù si esercita. Nel terzo caso, comunque sembri una conseguenza inevitabile che debba abbandonarsi l' intero fondo, pure non mancano decisioni che non seguono un tale avviso. Quanto a noi crediamo che se basti una sola parte del fondo per potersi esercitare la servitù, dee la sola parte abbandonarsi, e non il fondo intero.

L' abbandono essendo un atto unilaterale produce il suo effetto anche senza l' accettazione e contro il volere del proprietario del fondo dominante. Se non che l' atto di abbandono per produrre i suoi effetti dev' èsser notificato al proprietario del fondo dominante, o messo a sua conoscenza con una dichiarazione fatta per atto pubblico o privato.

Se il fondo, a cui vantaggio fu stabilita una servitù, viene ad esser diviso, la servitù è dovuta a ciascuna porzione, senza però che si renda più gravosa la condizione del fondo serviente: così per esempio, se si tratta di un diritto di abbeverare il gregge, o di passaggio, tutti i compadroni debbono usarne nello stesso modo e sito (art. 614). Se il fondo dominante sia stato diviso in più porzioni, la servitù è dovuta a ciascuna di esse, purchè non si renda più gravosa la condizione del fondo serviente; e ciò perchè non può operarsi la divisione della servitù, che è di sua natura indivisibile come diritto incorporale, ma viene ripartito l' esercizio mediante la divisione materiale del fondo. Se quindi la servitù consiste in un fatto indivisibile come quello di passaggio, ciascun proprietario di una porzione del fondo dominante ha diritto di passare pel fondo serviente nello stesso luogo dove passava l' unico proprietario del fondo intero; ma non potrebbero diversi comproprietarii pretendere tanti passaggi separati in corrispondenza delle porzioni loro spettate. Se poi l' oggetto della servitù sia suscettibile di divisione, come sarebbe la presa di acqua, di estrazioni della torba, dell' arena, della pietra, ec. l' esercizio e la spesa necessaria per la servitù dee dividersi proporzionalmente fra i diversi lotti.

§ 253.° Passando ora la legge a determinare gli obblighi del proprietario del fondo serviente, prescrive che egli non può fare alcuna cosa che tenda a diminuire l' uso della servitù e a renderlo più incomodo. Non può quindi variare lo stato del fondo, nè trasferire l' esercizio della servitù in un luogo diverso da quello dove fu originariamente stabilita.

Tuttavia, se l' originario esercizio fosse divenuto più gravoso al proprietario del fondo servente, o se gl'impedisce di farvi lavori, ripazioni o miglioramenti, egli può offrire al proprietario dell'altro fondo un luogo egualmente comodo per l'esercizio dei suoi diritti, e questi non può ricusarlo.

Il cambiamento di luogo per l'esercizio della servitù può parimente ammettersi ad istanza del proprietario del fondo dominante, ove questi provi, che il cambiamento riesca per lui di notabile vantaggio e

non sia di danno al fondo servente (art. 645). Il carattere più consueto e risaltante delle servitù prediali, dice il Romagnosi, consiste nella tolleranza per parte del servente, il che dev'essere spiegato dicendo che questa tolleranza impone al servente tanto il dovere di lasciar fare al dominante tutto ciò che è necessario per effettuare ed usare del suo diritto, quanto il dovere di non nuocere altrimenti alle costruzioni e alla direzione dell'acqua con opere praticate sul fondo servente. Postocchè si era voluto dedurre in legge l'osservazione del diritto romano sul permesso e sulla tolleranza obbligatoria del padrone del fondo servente, dovevasi del pari aggiungere l'osservazione sul divieto di fare lavori nocivi alla conservazione della servitù. Nella legge 1, § 27, ff. *de aqua quotidiana*, *et aestiva*, troviamo il seguente comento di Ulpiano all'editto del pretore: *Labeo putat per hoc interdictum prohiberi quem, ne quid in illo fundo faciat, fodiat, succidat, putet, aedificet, quare ex rè ea, aqua, quam ille hoc anno per fundum tuum sine vitio duxit, inquinetur, vitietur, corrumpatur, deteriorve fiat.*

Or si domanda in primo luogo fra quali persone sia stato interposto questo interdetto. È chiaro che fu interposto fra il dominante ed il servente. Ciò consta sì dall'annunziativa *per fundum tuum*, e sì dall'annotazione fatta dal contesto che segue, nel quale Ulpiano stesso dice che questo e gli antecedenti dettami: *Ad eos pertinent qui a capite ducunt vel imposita servitute vel qui putant impositam.* La frase *per fundum tuum sine vitio duxit* si riferisce appunto a questo titolo. Col *sine vitio* s'include non solo il *non clam, non vi, non precario*, ma s'intende eziandio che la condotta sia esente da ogni abuso vietato dalle leggi. Stabilite queste condizioni per parte del dominante, quali sono i doveri imposti qui al servente? Di non iscavare, piantare, tagliare, potare, edificare, in modo che da tali opere l'acqua venga contaminata e minacciata, deviato o deteriorato l'uso della medesima. Prima di tutto si osserva che qui si parla tanto dell'acqua contenuta, quanto delle opere, ossia della fabbrica che la contiene. Vero è che il nominativo del testo è l'acqua, ma il senso abbraccia tanto l'acqua quanto gli strumenti pei quali viene condotta.

L'editto proibisce di contaminare l'acqua con la parola *inquinetur*. In una condotta d'acqua destinata agli usi domestici (qual'era precipuamente quella usata dai Romani e che conducevasi per doccioni) il divieto di sporcare o contaminare l'acqua era essenziale, perocchè andava direttamente contro la destinazione concordata degli acquedotti stabiliti per usi domestici. La parola *vitietur* fu tradotta con la locuzione di *minacciato l'uso*.

Questa traduzione riesce rigorosamente legale, come si può vedere dalle varie applicazioni della parola *vitium*, assegnate e raccolte dal Brissonio nella sua opera: *De verborum significationibus*. *Vitium facere, aedificia dicuntur quae ruinam minantur*. In generale soggiunge: *In stipulatione autem damni infecti, qua de vitio loci operisve cavetur*

vitium id esse definitur quod accidens extrinsecus vitiosas aedes facit. Egli è perciò che se gli alberi cadono per vetustà, la caduta si reputa fatta per vizio dei medesimi, come esprime la l. 24, ff. *de damno infecto.*

La parola *corrumpatur* fu tradotta con la locuzione di *deviato l'uso.* In tal senso l'adopera il giureconsulto Paolo nella L. 11, ff. *de aqua et aquae pluviae arcendae.* Quanto poi alle parole *deteriorve fiat*, si avverta che sotto questa locuzione si comprendono in generale tutte le cause che alterano il libero, pieno ed attivo corso dell'acqua, avvegnachè, alterato l'uso a danno dell'utente si può dire essere deteriorata la sua condizione. Per la qual cosa se il padrone del fondo servente praticasse opere per le quali s' ingombra il fondo del canale al di là della condizione naturale (sia dal crescere delle erbe, sia dal fango e dalla ghiaia apportata, sia da qualunque altro impedimento) tali opere vengono proibite dall' interdetto del pretore. Conosciuta la disposizione legislativa, conosciamo tantosto quali sieno i diritti del dominante contro il servente per mantenere incolume la ragione dell'acquedotto. Tutti questi diritti formano altrettanti doveri negativi del serviente medesimo e tali doveri formano il complesso dell'obbligo che egli ha di non nuocere altrimenti alle costruzioni ed alla direzione dell'acqua condotta. Allorchè poi si tratta di certi usi particolari, si comprende eziandio il dovere di non contaminare l'acqua suddetta. Con questa veduta generale però, riducendo le cose ad atto pratico, si lascia il campo ad infinite quistioni, e rendesi pertanto necessario disciplinare la massima legislativa per regolare il conflitto prodotto dalla intemperanza del dominante che tenda di estendere il suo diritto di conservazione, e la reazione del serviente, il quale, vuole usare nella massima estensione del suo diritto di proprietà. Il primo vuole ottenere più che può; il secondo vuol dare meno che può. Il legislatore ed il magistrato debbono in questo conflitto tenere una giusta bilancia per non autorizzare indebite pretese nè da una parte nè dall' altra. Con la citata legge il dominante pretenderebbe forse di proibire al serviente, sotto il pretesto di possibile nocumento, le opere sia rustiche, sia urbane necessarie al suo fondo o proficue alla sua utilità? Non iscavare, non piantare, non potare, non tagliare, non edificare, è cosa la quale presa in astratto spaventa la libertà del serviente. Ma si osservi bene che la legge non proibisce queste opere in sè stesse, ma solamente allorchè l' effetto loro visibile riuscisse indubitatamente nocivo all' esercizio dell' acquedotto. Con ciò non si spoglia il padrone del fondo servente della sua libertà, nè si vuole vincolato pria del fatto e in via di prevenzione, ma solamente si proibisce l' opera effettivamente nociva. Nel caso dunque di nocumento semplicemente temuto, il padrone del fondo servente non potrebbe essere impedito dal fare i suoi lavori; e se per caso si ravvisasse preventivamente pericolosa l'opera, egli, dando cauzione, dovrebbe essere abilitato ad intraprendere l'opera suddetta, ben inteso che quando infatti si scovrisse no-

civa, egli sia tenuto a demolirla. La parità di trattamento tra il dominante ed il servente esige questa provvidenza; perciocchè per diritto indubitato il dominante medesimo, prestando simile cauzione, può fare opere conservatorie del suo acquedotto, quand' anche si opponga questo danno semplicemente preveduto. Di fatti l'esperienza prova che l'effetto molte volte smentisce i timori concepiti, sia perchè essi non avevano un reale fondamento, sia perchè le costruzioni vengono cautelate in modo che il danno temuto viene allontanato.

In questa materia per altro, come in tutte le altre consimili, le praticate provvidenze tanto dei giudizi dei periti, quanto delle cauzioni, servono a temperare le agitazioni o le voglie esagerate tanto dei dominanti quanto dei serventi.

Il principio difensivo della integrità dell'acquedotto, esemplificato dal diritto romano, viene nella sua generalità sanzionato dal nostro codice con la prima parte di questo articolo. Con esso, come ognun vede, si comprende tutto ciò che fu espresso dal diritto romano, e si somministra la massima generale che comprende tutti i casi possibili. Ma con questa disposizione s' ingiunge al proprietario del fondo servente l'obbligo di astenersi da qualunque atto o da qualunque lavoro che effettivamente può scemare o rendere più incomodo l' uso della conceduta servitù. Con ciò si garentisce la conservazione del diritto del padrone dominante contro gli atti nocivi del padrone del fondo servente.

Senonchè l' articolo aggiunge coi due ultimi capoversi una provvidenza per temperare le vicende naturali dei fondi con la equità dei possessi.

Col primo capoverso, tolto il ferreo ed immutabile peso di una servitù che da principio non importava se non un dato onere, ma che col tratto del tempo divenne più gravosa, essa viene trasportata in modo da conciliare gl' interessi di ambedue le parti. La ragione naturale anche contrattuale assiste questa provvidenza. Imperocchè se il concedente avesse preveduto che col tratto del tempo la sua concessione era per diventare maggiormente gravosa che sul principio, egli sicuramente o non avrebbe conceduta la servitù, o almeno avrebbe stipulato un corrispettivo maggiore, e capace d'indennizzarlo dell'onere maggiore sopravvenuto. Qui, come ognuno vede, si parla di un caso derivato non dalla mala opera del padrone del fondo dominante, ma da uno avvenimento innocente e giusto non escluso dal contratto.

Il secondo capoverso poi concilia del pari gl' interessi di amendue le parti, e poggia sul principio: *Quod tibi non nocet, et alteri prodest, facile est concedendum.* Sono codesti lenitivi d'innocente libertà e di pieghevole equità, i quali formano l' anima di ogni umana legislazione (1).

§ 254.° Colui che ha un diritto di servitù non può usarne, se non

(1) Romagnosi, Condotta delle acque, § 1088 a 1098.

a norma del suo titolo o del suo possesso, e senza che tanto nel fondo servente, quanto nel dominante, possa fare alcuna innovazione che renda più gravosa la condizione del primo (art. 646). I diritti del proprietario del fondo dominante sono in regola generale determinati dal modo con cui la servitù medesima viene stabilita. Quindi è che se la servitù sia stata stabilita col titolo, l'uso e l'estensione ne sono determinati da questo, e in tesi generale deve riconoscersi che di una servitù stabilita per titolo senza restrizione alcuna deve potersi fare tutto l'esercizio di cui è suscettibile, avuto riguardo allo stato dei fondi, agli usi locali, e tenuto conto delle modificazioni che possono essere state apportate dalla prescrizione. Il titolo deve essere interpretato secondo le regole generali riguardanti l'interpretazione delle convenzioni e dei testamenti, e soprattutto secondo il possesso che qui come negli altri luoghi è il migliore interprete della volontà delle parti, e ciò si tratti di servitù acquisibile o no per prescrizione, atteso che s'invoca come mezzo d'interpretazione e non come modo di stabilimento della servitù.

Se poi la servitù fosse stata stabilita per prescrizione, i diritti del proprietario del fondo dominante sarebbero regolati sulla nota massima, *quantum possessum tantum praescriptum*, e perciò egli non potrebbe continuare ad esercitare la sua servitù che nei limiti e sotto le condizioni e restrizioni ne' quali e coi quali ha avuto luogo il possesso da cui la servitù è nata (1).

Infine se la servitù risulta dalla destinazione del padre di famiglia, la sua estensione e i suoi effetti, devono essere determinati secondo lo stato dei luoghi al momento della divisione dei fondi, e limitata ai soli diritti che ne sono la conseguenza necessaria, e per regola lo stato attuale dei luoghi è reputato conforme all'antico. Conviene per altro tener conto eziandio dell'insieme delle circostanze, nelle quali la servitù è stata costituita, e particolarmente della specie ed estensione del servizio per cui il padre di famiglia pose le cose nello stato dal quale è risultata la servitù (2).

§ 255.° Nel dubbio circa l'estensione della servitù, il suo esercizio deve limitarsi a ciò che è necessario per la destinazione, ed il conveniente uso del fondo dominante col minor danno del servente (art. 647). Se esiste una convenzione malamente espressa deve ridursi a quel punto nel quale sono assicurati gl'interessi d'ambo le parti. Per tal modo la convenzione viene ridotta ed effettuata secondo la sua intenzione e secondo il dettame della legge stessa che la protegge. La disposizione versa sul dubbio che possa incontrarsi circa l'estensione della servitù, e decide che in tal caso il suo esercizio deve limitarsi a ciò che è necessario per la destinazione e conveniente uso del fondo dominante col minor danno del servente. Non bastando il titolo od il possesso dee aversi riguardo al fine per cui la servitù fu costituita

(1) L. 14 pr. Dig. si serv. vindicetur.
(2) Pacifici-Mazzoni, com. su l'art. 646; n. 368.

ed al conveniente uso della medesima col minor danno possibile del fondo servente.

§ 256.° Il diritto alla condotta d'acqua non attribuisce al conducente la proprietà del terreno laterale o sottoposta alla sorgente o al canale conduttore. Le imposte prediali e gli altri pesi inerenti al fondo sono a carico del proprietario di esso (art. 648). Ei conviene lasciare al proprietario del fondo servente la proprietà del terreno laterale e sottostante al canale. É questa una dottrina giusta e necessaria. Per condurre l'acqua, non si ha bisogno di essere proprietario del terreno sul quale si passa. Si concepisce facilmente che il fosso, canale, o acquedotto è una cosa distinta dal fondo che esso traversa. La legge romana chiamava i corsi d'acqua *rivi*, e definiva il *rivus*, il luogo più o meno cavato, la trincea ove l'acqua può scorrere: *Rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrat* (1). Essa decideva ancora che il corpo del luogo non apparteneva a colui che ha diritto di passare: *Corpus loci non est eius cui debetur servitus* (2). Del pari se si vendesse una sorgente, benchè con uno spazio di terreno attorno di essa, che si può supporre di dieci metri quadrati, la legge decideva che la proprietà del luogo restava al venditore, e che il compratore non aveva che il diritto di passaggio (3).

Questa distinzione, che noi apprezziamo al pari dei giureconsulti romani, mostra che non v'ha alcuna necessità di rendere il transitante padrone del terreno ch'egli occupa, e che, là ove cessa la necessità, cessa ancora il diritto eccezionale fondato sull'utilità pubblica, e sorge quello di proprietà che devesi rispettare il più che si può. Ma a che pro, si dirà, lasciare al proprietario del fondo servente il dominio di un fondo di cui non può egli fare uso? Non solamente è utile, ma è necessario alla difesa della proprietà il tenersi a questo sistema. Se si accorda al proprietario del canale, cioè a dire al proprietario dominante, la proprietà del terreno su cui passa, non vi ha più garentia per colui che n'è espropriato. I danni pel fondo servente crescono in ragione diretta dello scavo. Chi ha ottenuto un passaggio sufficiente a condurre la sua acqua ha molto interesse di passare la profondità primitiva, perchè attira più facilmente le acque dei terreni laterali, li rende sterili, togliendo loro l'umidità naturale, trova le sorgenti nascoste sotto terra, cagiona degli smottamenti che allargano il canale e ne estendono le occupazioni: infine aggiunge al diritto di passaggio quello dannosissimo pei vicini, di ricercare le acque ed accrescere gravemente, insopportabilmente le conseguenze dell'espropriazione. D'altronde si deve osservare che il passaggio può essere abbandonato. Allora se il conducente è padrone del suolo, delle sponde e del letto del canale, continuerà ad esserlo malgrado questo abban-

(1) Leg. 1 ff. de rivis.
(2) Leg. 4 ff. si serv. vindicetur.
(3) L. 30 ff. de servitutibus praediorum rusticorum.

dono, e si avranno senza alcuna ragione di utilità, delle proprietà smembrate e delle lunghe strisce di terra che neppur si potranno coltivare. Col sistema di non concedere al transitante che una servitù, il terreno resta all'antico padrone quando è abbandonato.

Questo punto è di una grave importanza. Esso tiene al principio di giurisprudenza, che ove non è interesse non è azione. Il conduttore dell'acqua non ha altro interesse legittimo che di passare: è il solo motivo che si riannoda all'utilità pubblica. L'interesse di ricercare le sorgenti od attirare l'acqua altrui non può essere riconosciuto nè protetto da una legge savia in un paese ove il rispetto della proprietà è la base fondamentale della società. Il principio di cui si parla è stato giustamente portato fino a proibire a colui che aveva acquistato il diritto di scavazione illimitata, di profondare lo scavamento al di là del limite dell'utilità, che doveva esser determinato da perizia. E perchè si autorizzerebbe il conduttore dell'acqua a danneggiare capricciosamente e forse rovinare il fondo del vicino? Ora, se lo si obbligasse a vendere il terreno da occuparsi, a vece di concedere solamente il passaggio, si renderebbe il transitante padrone assoluto del terreno espropriato, e per conseguenza libero di scavare a suo piacere (1)..

Nella compilazione del codice civile albertino il guardasigilli osservò che quest'articolo non deve intendersi in un senso troppo assoluto, poichè la regola è bensì che la proprietà del terreno non è acquistata da chi ha il diritto alla condotta dell'acqua, ma potrebbe verificarsi il contrario quando fosse comprata anche la proprietà (2).

§ 257.° In mancanza di particolare convenzione, il proprietario od altro concedente dell'acqua di una fonte o di un canale è tenuto verso gli utenti a fare le opere ordinarie e straordinarie per la derivazione e condotta dell'acqua sino al punto in cui ne fa la consegna, a mantenere in buono stato gli edifizi, a conservare l'alveo e le sponde della fonte o del canale, a praticare i consueti spurghi, e ad usare la dovuta diligenza, custodia e vigilanza, affinchè la derivazione e la regolare condotta dell'acqua sieno a tempi debiti effettuate. (art. 649). Se intervenne patto tra le parti circa l'obbligo di costruire l'edifizio di derivazione, il canale per la condotta ossia l'acquedotto, e gli altri lavori voluti per l'esercizio della presa d'acqua, non vi può essere quistione, poichè la convenzione, siccome suprema arbitra fra le parti, dovrà essere osservata: così avviene in tutte le servitù stabilite dal fatto dell'uomo: il loro esercizio e l'estensione sono in primo luogo regolati dal titolo costitutivo, e, solamente mancando o tacendo il titolo, hanno luogo le regole prescritte dalla legge (art. 616). L'ufficio dunque della legge si riduce a supplire al difetto od al silenzio della convenzione, giusta i dettami della civile giustizia.

(1) Giovanetti, Du régimes des eaux, § 14.
(2) Motivi del codice civile albertino, pag. 593 e 594, vol. 1.

Or nella servitù di presa d'acqua, il legislatore ha creduto di doversi dipartire dal principio generale stabilito con l'art. 641, che pone a carico del padrone del fondo dominante la formazione di tutte le opere necessarie all'uso ed alla conservazione del diritto di servitù. Vuole invece che siffatte opere debbano essere costruite e mantenute dal padrone del fondo servente, cioè da chi deve la dispensa dell'acqua (1).

La vecchia giurisprudenza nell'Italia superiore era concorde. Testimonio ne sia il Pecchio, il quale dice: *Regulariter loquendo, extrahens aquam ab aliqua rugia non tenetur concurrere ad aliquam expensam pro purgatione dictae rugiae* (2). Col *regulariter loquendo* intende di significare, che, in mancanza di convenzioni, la regola è che il padrone del canale dispensatore sia tenuto egli solo alla purgazione del medesimo, senza farvi concorrere gli utenti. Ciò che dicesi della purgazione dir pure si deve della ordinaria manutenzione, in forza appunto del principio unico di ragione che regge tutta questa parte (3). A primo aspetto ciò potrebbe sembrar grave, perchè urta con quel principio generale di dovere il padrone del fondo dominate far le opere necessarie all'uso ed alla conservazione della servitù. (art. 641). Ma la cosa ha una spiega se si consideri l'oggetto stesso della servitù, cioè l'acqua, la quale è esposta a mille vicende per forza di natura, per fatto di terze persone, e molto più per dolo o colpa del concedente, che è il padrone del fondo servente, il quale perciò è obbligato a fare e mantenere le opere, affinchè l'acqua giunga al concessionario, che è il padrone del fondo dominante (4). La ragione civile delle acque costituisce un corpo di dottrina speciale, nel quale, oltre i dettami comuni contro gli altri beni, essa associa vedute e principii proprii derivati non solamente dall'indole e dalle leggi fisiche, ma eziandio dai suoi servizii strettamente sociali, e conviene che il legislatore atteggi questo argomento secondo l'indole sua (5).

Romagnosi ne dà altra spiegazione. Dice che col contratto di dispensa l'utente non acquista servitù sull'asta del canale dispensatore, ma solamente il diritto ad una data prestazione di acqua, ed il concedente s'intende essersi obbligato ad eseguire a sua diligenza e carico, tale prestazione col condurre le acque al luogo della dispensa, alla stessa maniera che il padrone di una cantina che vende vino è tenuto egli stesso a conservare le botti e gli altri utensili. Quando i compratori han pagato il vino ricevuto, hanno fatto quanto debbono (6). Egli pertanto ritiene che la disposizione di questo articolo non ha per oggetto una vera servitù di presa d'acqua, ma un contratto per una prestazione di acqua. Nella quale idea concorrevano i compilatori del

(1) Vigliani, appendice su la presa d'acqua nella traduzione del corso del dritto civile di Duranton pag. 459, vol. 3.
(2) Pecchio, De aquaeductu, lib. II cap. XI quaest IV. N. 10.
(3) Romagnosi, Condotta delle acque § 1114.
(4) Pacifici Mazzoni, Comentario a questo articolo, num. 390.
(5) Romagnosi, Ragion civile delle acque. Ragione dell'opera, § 9.
(6) Romagnosi, condotta delle acque, § 1114

codice civile albertino, i quali sostenevano che le concessioni d'acqua o si riguardano come compre e vendite di una certa quantità d'acqua, ovvero quale fitto dell'uso della medesima (1); per lo che sotto tale influenza si sanzionò l'art. 664 di quel codice e fu comminata la pena dei danni interessi verso gli utenti. Qualche interpetre era dello stesso avviso; ma il codice italiano ha voluto invece ritenere la presa di acqua come una vera servitù, siccome è pure stabilito nell'art. 619.

§ 258.* Il concedente dell'acqua però, se giustifica essere la deficienza della medesima avvenuta naturalmente, od anche per un fatto altrui che non possa in alcun modo essere a lui nè direttamente nè indirettamente imputato, non è tenuto al risarcimento dei danni, ma soltanto ad una diminuzione proporzionata del fitto o prezzo pattuito, tuttora da pagarsi, od anche già pagato, salvo al concedente ed al concessionario il diritto pei danni verso gli autori della deficienza. Quando gli stessi autori sieno convenuti dagli utenti, questi possono obbligare il concedente ad intervenire nel giudizio, e a coadiuvarli con tutti i mezzi che sono in suo potere a conseguire il risarcimento dei danni da chi diede causa alla deficienza (art. 650). Due specie generali di servitù si possono stipulare in materia di dispensa d'acqua. La prima è la perpetua; la seconda la temporanea. Dato il bisogno permanente d'irrigare o di far muovere un opificio, si può ricercare una data corrente di tanti moduli d'acqua in perpetuo. Questa specie di servitù si suole stabilire dai veri proprietari dei fondi bisognosi, o degli edifizi destinati in perpetuità ad un dato ufficio: i mulini occupano tra questi un posto precipuo. La seconda specie di servitù suole verificarsi quando il bisogno non è permanente.

Prendendo una ragione d'acqua in perpetuo si corrisponde necessariamente un dato prezzo, il quale può essere soddisfatto in due maniere diverse. La prima con lo stabilire e col pagare il capitale importante la erogazione perpetua ad un solo tratto. L'altra è di costituire un'annua prestazione corrispondente all'erogazione pattuita: questo modo di soddisfare chiamasi volgarmente *livello*.

Quanto alle erogazioni temporanee, in esse si può stabilire o un un prezzo totale fin dal principio, ovveramente un'annua prestazione simile a quella delle perpetue. La differenza consiste solamente nella limitazione del tempo, il quale nelle perpetue riesce indefinito e nelle temporanee determinato

Invece della prestazione di danaro si possono stabilire prestazioni di derrate. Tale è quella usata per le risaie da molti padroni pei così detti cavi dispensatori. Essi, invece di danaro per l'acqua ricevuta pattuiscono che dall'utente venga prestata una quota parte del prodotto che deriva dalla risaia posta sott'acqua.

Ma l'acqua può mancare. Questo inconveniente, che avviene spesso nel colmo dell'està, può essere prodotto da tre cause: 1° dall'abbas-

(1) **Motivi del codice civile albertino, pag. 595, vol. 1.**

samento naturale delle acque, e da ogni altro accidente naturale; 2° dal fatto altrui, cioè a dire da diversioni o da usurpazioni; 3.° da mancanza di opere necessarie per la condotta o per la conservazione delle acque, val dire per difetto di spurgo, di durata, e di mantenimento del fiume, del letto, delle dighe, delle paratoje, scaricatori, ec., o dal non essersi usata dal concedente la dovuta diligenza, custodia e vigilanza.

Avvenendo i due primi casi, con qual diritto pretendere si potrebbe dagli utenti di accagionarne il concedente o di farlo soggiacere ai danni che loro ne fossero derivati? In ogni dispensa di acqua entra una considerazione di sorte, poichè la prestazione di quell' elemento è tutt'altro che una cosa assicurata non solo in perpetuo, ma eziandio per un certo tempo.

Il concedente può bensì promettere il fatto proprio, ma non quello del cielo, della terra e delle stagioni. Egli può guarentire da ogni colpa e perfino negligenza tanto di sè, quanto dei suoi dipendenti, ma non può guarentire nè dalla siccità straordinaria, nè dai terremoti, nè da altri disastri, che formano i casi di forza maggiore, nè dalle frodi, usurpazioni, o perturbazioni di terze persone. Qual sarà dunque la conseguenza delle mancanze e diminuzioni d'acqua provenienti o da forza maggiore o da fatto estraneo al concedente? Se non v'ha convenzione contraria, è giusto che il dispensatore subisca (come dice questo articolo) una diminuzione proporzionata del fitto o prezzo pattuito, tuttora da pagarsi o già pagato; salvo a lui ed al concessionario il diritto pei danni verso gli autori della deficienza.

Ma ciò importa disturbi, spese, controversie, e spesso estimazioni perplesse, le quali non soddisfano certamente al migliore interesse dell' utente. Dall' altra parte poi se in considerazione di questa illusoria manutenzione dell'acqua, il dispensatore esige un maggior prezzo, questo in tutti gli anni in cui non accade disastro veruno, viene goduto dal dispensatore medesimo, senza che l' utente ne riporti un corrispettivo male. Si può dire soltanto che l'utente abbia pagato con danaro contante la semplice paura di un caso meramente possibile. Rimane dunque esser cosa più provvida il pagare a livello l' acqua ricevuta, e regolare il pagamento a norma della dispensa effettivamente ottenuta. Sarà perciò buon consiglio quello di contemplare anticipatamente la diminuzione come contingibile, e di convenire che accadendo si pagherà tanto di meno, o si pagherà nulla, a proporzione o della diminuzione o della mancanza totale dell' acqua (1).

Per altro il più delle volte accade il terzo caso di sopra mentovato, cioè che la deficienza d'acqua proviene dalla mancanza di opere o dalla mancanza di diligenza cui è tenuto il concedente ai termini del precedente articolo 649, e ciò procede, o direttamente per suo fatto o per sua colpa, o indirettamente per fatto o colpa di coloro di cui egli è l'autore ed in certo modo tenuto a rispondere. Il mal governo che

(1) Romagnosi, Condotta delle acque § 650 o 656; Giovanetti, Du régime des eaux, § 21.

talvolta suol farsi dell'acqua, la mancanza della debita diligenza, custodia e sorveglianza, l'inesecuzione delle opere necessarie, e più di tutto l'avidità del guadagno, e le troppo moltiplicate ed estese concessioni per cui il volume di acqua non può sopperire ai bisogni di tutti, sono, come l'esperienza insegna, i casi ordinari donde la deficienza procede (1). Or se il concedente abbia mancato a tali doveri egli è tenuto verso gli utenti dell'acqua alla diminuzione del fitto o prezzo pattuito ed al risarcimento dei danni, e soltanto può dispensarsi dal continuare a prestare la servitù abbandonando il fondo.

Possono per altro gli utenti per la deficienza loro accaduta per fatto di terze persone convenire gli stessi autori della deficienza. Costoro potrebbero essere altri utenti, i quali lungo un naviglio od altro grandioso canale si contano talvolta a centinaia e migliaia, e potrebbero eccepire di non aver contrattato con quelli, nè fatto opera sul fondo di quelli, ma del concedente il quale è un terzo cui ogni utente non può pretendere di rappresentare. Fu perciò aggiunto a questo articolo il capoverso che vi si legge, e nel quale si stabilisce che quando gli stessi autori sieno convenuti dagli utenti, questi possono obbligare il concedente ad intervenire nel giudizio e a coadiuvarli con tutti i mezzi che sono in suo potere a conseguire il risarcimento dei danni da chi diede causa alla deficienza. Si volle mettere in grado l'utente danneggiato dal fatto di un terzo di potere agire contro il medesimo, valendosi delle azioni competenti al dispensatore e non si credè opportuno d'imporre a costui di unire le sue istanze a quelle dell'utente, potendo nascere l'inconveniente che l'utente supponga proveniente il danno da uno, ed il dispensatore ne creda autore un altro (2).

§ 259.° La deficienza dell'acqua deve sopportarsi da chi ha diritto di prenderla e di usarla nel tempo in cui accade tale deficienza, salvo il diritto al risarcimento dei danni o alla diminuzione del fitto o prezzo, come nell'articolo precedente (art. 651). Essendosi regolati coi due articoli precedenti i rapporti tra il dispensatore e gli utenti nel caso di deficienza d'acqua, bisognava determinare da chi degli utenti questa deficienza dovesse essere sopportata. E vi si è provveduto con questo e col seguente articolo.

La deficienza dell'acqua, sia che provenga da causa naturale, o da fatti altrui, deve sopportarsi da chi ha diritto di prenderla e di usarla nel tempo in cui accade tale deficienza. La considerazione della sorte, che, come si è avvertito nell'art. 650, entra sempre in ogni dispensa d'acqua (3), ed il principio di diritto che l'azione di danno, e per conseguenza la sofferenza di esso, compete a colui *cuius interest*, giustificano pienamente codesta disposizione di legge (4). Per altro è sem-

(1) Motivi del codice civile albertino pag. 595, vol. 1.
(2) Detti motivi, pag. 592 a 594 vol. 1.
(3) Romagnosi, Condotta delle acque, § 654 e 655.
(4) L. 11, § 10. ff. ad legem Aquiliam; L. 2, ff. si *quadrupes fecisse dicatur*.

pre salvo il diritto al risarcimento dei danni o alla diminuzione del corrispettivo, a norma dell'art. 650.

§ 260.° Fra diversi utenti la deficienza dell'acqua deve sopportarsi prima da quelli che hanno titolo o possesso più recente e fra utenti in parità di condizione dall' ultimo utente. È sempre salvo il diritto al risarcimento dei danni verso chi diede causa alla deficienza (art. 652). Si è veduto nella precedente disposizione che la deficienza dell' acqua deve sopportarsi da chi ha diritto di prenderla e di usarla nel tempo in cui accade tale deficienza. Ma se in quel tempo gli utenti fossero parecchi, chi dovrà sopportarla? Tutti pro rata, o un solo fra essi? Sarebbe stato certamente più consentaneo ai principii di equità che tutti ne risentissero. Ma si sarebbe andato incontro a gravi difficoltà, ed alcune volte sarebbe accaduto che la divisione delle acque fosse dannosa all' utente superiore, senza apportar sollievo all'inferiore, e non avesse così altro risultato che pregiudicarli entrambi (1). In tale stato di cose a chi tra gli utenti doveasi dar la preferenza? Si ricorse al principio della priorità nel tempo (poichè le concessioni posteriori s'intendono fatte senza danno delle anteriori, arg. dall'art. 615, ed in parità di data alla posizione dei terreni (2), e si stabilì che fra diversi utenti la deficienza dell'acqua deve sopportarsi prima da quelli che hanno titolo o possesso più recente, e fra utenti in parità di condizione dall'ultimo utente, cioè dall'inferiore. In tutti i casi però resta salva la ragione dei danni contro chi diede causa alla deficienza.

§ 261.° Quando l'acqua sia concessa, riservata o posseduta per un determinato uso, con l' obbligo della restituzione al concedente o ad altri di ciò che ne sopravvanza, tale uso non può variarsi a danno del fondo a cui la restituzione è dovuta (art. 653). Il proprietario del fondo vincolato alla restituzione degli scoli o degli avanzi d' acqua, non può deviarne una parte qualunque sotto pretesto di avervi introdotta una maggiore quantità di acqua viva od un diverso corpo, ma deve lasciarli nella totalità discendere a favore del fondo dominante (art.654). La servitù degli scoli non toglie al proprietario del fondo servente il diritto di usare liberamente dell'acqua a vantaggio del suo fondo, di cambiarne la coltivazione, ed anche di abbandonarne in tutto o in parte la irrigazione (art. 655). Il proprietario del fondo soggetto alla servitù degli scoli o degli avanzi d' acqua può sempre liberarsi da tale servitù mediante la concessione o l'assicurazione al fondo dominante di un corpo d' acqua viva, la cui quantità sarà determinata dall'autorità giudiziaria, tenuto il debito conto di tutte le circostanze (art. 656). Le disposizioni sopra riportate non trovano riscontro nel codice francese e nelle leggi napoletane del 1819; esse sono nuove nel codice italiano, e riguardano il modo come regolare l'esercizio della servitù degli scoli; mentre con gli art. 637 e 638 fu stabilito il modo onde la servitù medesima si stabilisce.

(1) Motivi del codice civile albertino, pag. 596, vol. 1.
(2) Giovanetti, Du régime des eaux, § 22.

Gli articoli 653 a 656 essendo di difficile interpretazione e tratti dalle opere del Giovanetti e del Romagnosi, è utile per dare un'idea chiara dei medesimi riportare letteralmente le parole del primo. Fin qui, egli dice, noi abbiamo trattato della servitù, che s'impone ad un fondo, ed abbiamo visto che le colature non sono dovute ai vicini inferiori che nel caso in cui essi hanno acquistato il diritto di derivarle con la convenzione, oppure con la prescrizione. Ma questa derivazione è la conseguenza della servitù, non è la servitù stessa. Le acque non sono sottoposte ad alcun vincolo: esse non subiscono la legge della servitù se non quando cadono sul fondo servente. Da ciò la natura condizionale di siffatta servitù, sia che si tratti di acque pluviali, sia che si tratti di colature provenienti da un'irrigazione. Le prime possono essere divertite da ogni proprietario superiore al fondo servente, le seconde non sono dovute che fino a quando piaccia al proprietario del fondo servente d'irrigare questo stesso fondo: è lecito a lui di non farlo (1). Esso può anche estendere l'irrigazione ad altri fondi, e diminuire così le colature che è obbligato di trasmettere al vicino (2). Se, al contrario la servitù s'impone non alle colature considerate come una produzione artificiale dell'irrigamento, o accidentale della pioggia, ma alle acque vive, perchè il loro avanzo passi al vicino dopo un determinato uso, allora la quistione si presenta sotto un aspetto differente. Il proprietario del fondo non è più proprietario dell'acqua, egli non è che l'utente, e non può servirsene che nel limite della convenzione e del possesso. Egli è il padrone di servirsi o di non servirsi dell'acqua di cui ha acquistato o si è riserbato l'uso; ma deve sempre lasciarla discendere sul fondo del vicino dominante, e non può nè estendere la sua irrigazione, nè cambiare la coltura antica in danno di questo stesso vicino.

I carichi che pesano sulle acque vive possono essere di tre maniere.

La prima si ha quando il proprietario dell'acqua viva ha conceduto gli avanzi della sua acqua, dopo un uso determinato. La seconda viene per la cessione fatta dell'uso dell'acqua viva, o al proprietario di questa stessa acqua, o ad un vicino intermedio per un fondo determinato, col carico di restituire inferiormente gli avanzi o colature. In fine la terza proviene da ciò che la natura particolare d'una data acqua non comporta che il primo utente acquisti la proprietà assoluta.

Nel primo caso è il proprietario stesso dell'acqua che è spogliato del diritto di disporne. Non è più il suo fondo che è sottoposto al carico delle colature, e l'acqua stessa che è dovuta dopo un determinato servizio.

Nel secondo caso il proprietario del fondo dominante non ha acquistato diritto sulle acque altrui che per un uso limitato e con la condizione inseparabile di restituire gli avanzi o colature.

Il terzo caso avviene quando per la natura dell'acqua non se ne

(1) Pecchio, De aquaeductu, lib. 11, cap. IX. quaest. 3, n. 33.
(2) Decisione del Senato di Torino 20 aprile 1820, 13 aprile 1822, 30 gennaio 1832 e 21 febbraio 1833.

può acquistare la proprietà, cioè a dire quando la si deriva da un fiume o da un torrente pubblico. È chiaro allora che il primo derivatore non ha prescritto se non un semplice uso determinato, *tantum praescriptum, quantum possessum*, e che non potrebbe disporre a pregiudizio di chi è egualmente in possesso di profittarne dopo di lui. Questa massima è giusta, perchè l'uso successivo dell'acqua pubblica dimostra da sè che il primo utente non ha mai avuta l'intenzione di prescrivere la proprietà. Essa è anche necessaria per proteggere gli stabilimenti esistenti che non riposano se non sopra un possesso immemorabile. Forse v'era un titolo comune in forza del quale tutti gli utenti avevano acquistato i loro diritti: non bisogna che la perdita facilissima di questo titolo dia la facoltà all'utente favorito dalla situazione dei luoghi di togliere agli altri i vantaggi di cui hanno essi sempre goduto insieme. Questo utente in mancanza di titolo scritto non ha che la prescrizione ad invocare, e la prescrizione che è comune agli altri non gli dà che il semplice uso di un'acqua pubblica con carico di trasmissione.

Se nella servitù che s'impone direttamente all'acqua viva il vicino superiore non può eccedere l'uso convenuto o posseduto, si deve togliere al proprietario del fondo servente ogni pretesto allorchè irriga per non adempiere la sua obbligazione. Sovente si trovano persone che quando introducono nuove acque e le impiegano ad irrigare una parte separata del fondo servente pretendono che possono disporre delle colature di questa parte del fondo. Dicono essi che il vicino proprietario del fondo dominante non vi perde nulla: al contrario, ch'egli vi guadagni, perchè l'acqua che serviva all'irrigazione del fondo intiero non serve più che ad una parte, e non se ne consuma che una minore quantità. Aggiungono che non è giusto che il vicino proprietario del fondo dominante unisca ancora a questo vantaggio quello delle colature dell'acqua nuovamente introdotta. La risposta è facile. Non v'ha acqua che sia soggetta a servitù. L'acqua, sia antica, sia nuova è perfettamente libera. Le colature non sono dovute che dal fondo sulle cui parti il suo proprietario non può cancellare l'impronta della servitù.

Non dissimulo che questo rigore non è utile ad alcuno. Il proprietario del fondo servente, in vece di accrescere la sua irrigazione, anche quanto il suo interesse l'esiga, si studia di economizzare la sua acqua, ed assorbirne quel tanto che gli è dato, acquistandone il meno possibile. Più l'arte agricola progredisce verso il meglio, meno di colature discende in favore del vicino, il che nuoce sovente a tutte e due, e suscita delle contestazioni.

Ed allorchè ne avviene qualcuna, io ho consigliato sempre la liberazione della servitù mediante una quantità fissa d'acqua. Le due parti se ne sono sempre trovate benissimo. I magistrati, quando dei minori o stabilimenti di beneficenza o beni della chiesa sono stati interessati in somiglianti quistioni, approvano senza più questo espediente. Non potrebbe esso respingersi se non per capriccio o gelosia. Conseguen-

temente opino che nell'interesse della libertà agricola, che è preziosa, la legge potrebbe stabilire il riscatto di tale servitù alle condizioni indicate.

Le conchiusioni che seguono dal rapido esame che abbiamo fatto sono:

1.° Che l'obbligazione di lasciar discendere in favore altrui le colature non toglie al proprietario del fondo servente il diritto di disporre a suo piacimento dell'acqua viva, di cambiare la coltura di questo fondo e desistere dall'irrigarlo.

2.° Che l'uso concesso, riservato o posseduto dell'acqua viva, allorchè è accompagnato dalla trasmissione delle colature in favore del vicino, non può oltrepassare i limiti della convenzione o del possesso.

3.° Che l'impiego di una maggior quantità d'acqua per l'irrigazione di un fondo soggetto alla servitù delle colature non autorizza il suo proprietario a divertire la più piccola parte di queste colature medesime.

4.° Che tuttavolta il proprietario di un fondo soggetto alla servitù delle colature può riscattarsene mediante una quantità fissa di acqua corrente per un dato tempo, che i tribunali determineranno tenendo conto di tutte le circostanze (1).

Secondo il progetto del codice italiano l'art. 655 era formolato nel seguente modo: « Il possesso anche per trent'anni degli scoli scom- « pagnato da titolo non toglie al proprietario del fondo servente il « diritto di cambiare la coltivazione del suo fondo, ed anche di ab- « bandonare in tutto o in parte la irrigazione ». La ragione di siffatto progetto veniva espressa nella relazione governativa nel modo qui presso: Fu stabilito che la servitù degli scoli non possa impedire al proprietario del fondo da cui derivano di cambiare la coltura e abbandonarne anche l'irrigazione, quando però tale diritto trovasi soltanto fondato sul possesso non accompagnato da titolo. Mancandovi il titolo, non si può conoscere se per l'acquisto del diritto agli scoli siesi pagato un prezzo: invocandosi il solo possesso, deve anzi supporsi che non ne venne pagato alcuno. Epperò se quel diritto può mantenersi finchè dura lo stesso stato di cose in cui fu acquistato, esso non può impedire al proprietario del fondo superiore che non ha assunto alcuna obbligazione in proposito di mutare la coltura del medesimo. Ma la commissione senatoria, appena accennando nella relazione che il progetto ministeriale aveva aggiunto alcune nuove disposizioni riguardo agli scoli delle acque, mutò la dizione dell'articolo in quella che segue: « La servitù degli scoli acquistata col solo posses- « so non toglie al proprietario del fondo servente il diritto di cam- « biare la coltivazione del suo fondo, ed anche di abbandonarne in « tutto o in parte la irrigazione ».

Nella commissione legislativa il deputato Mancini propose di sopprimere nell'art. 655 le parole *acquistate col solo possesso*, e di aggiungere dopo le parole *il diritto*, quelle *di usare liberamente dell'acqua* a vantaggio del suo fondo.

(1) Giovanetti, *régime des eaux*.

Per effetto di tale proposta dovea esaminarsi la quistione se la servitù degli scoli sia di ostacolo a che il proprietario del fondo servente utilizzi, come meglio creda, le acque che scorrono nel suo fondo, o cambiando la coltivazione del medesimo, o con abbandonare anche in tutto o in parte l'irrigazione, e faccia in modo che il fondo dominante non riceva più gli scoli, o li riceva in minor quantità; e se debba distinguersi tra il caso in cui tale servitù sia stata acquistata col titolo ovvero con la prescrizione; e fu osservato che in qualunque modo venga costituita questa servitù, ossia tanto nel caso che sia stata acquistata con titolo, quanto in quello che sia stata acquistata per mezzo della prescrizione, consiste sempre in un diritto eventuale, ossia sottoposto all'interesse del proprietario del fondo servente, senza che possa mai impedirgli di coltivarlo come più gli aggrada, nè di fare dell'acqua quell'altro uso che più gli convenga, purchè non la disperda per emulazione, o non ne faccia distrazione in favore altrui.

È per se evidente, dice il Romagnosi, che la facoltà di godere degli scoli, e quindi la servitù, sia contrattuale, sia posseduta, riposerà intieramente sopra di una condizione dipendente dalla volontà altrui, talchè dovrà sempre dirsi che il padrone della servitù godrà della ragione degli scoli solamente nel caso che si effettui l'irrigazione del fondo superiore (1). È dunque condizionata sia che ella venga costituita per titolo, sia che si acquisti col solo possesso. Ma si obbiettò che riconosciuta la libera facoltà in colui che ha concessa anche per titolo e mediante corrispettivo la servitù degli scoli, potrà l'indomani stesso cambiare la coltivazione del suo fondo, o usare dell'acqua in modo che la servitù da lui concessa rimanga affatto illusoria, la qual cosa sarebbe ingiusta ed immorale, nè potrebb'essere favorita dalla legge. E si rispose che l'interesse stesso del proprietario del fondo servente rende ben poco probabile, per non dire impossibile, siffatta ipotesi, e che in ogni caso basterebbero i principii generali sulla emulazione a guarentire la moralità e le ragioni di colui che ha acquistata la servitù.

Pertanto la commissione legislativa adottò la proposta Mancini. Si osservò inoltre che, siccome senza dubbio quando siffatta servitù sia costituita per titolo, sarà pur sempre in facoltà dei contraenti il convenire che il proprietario del fondo servente non possa mai in nessun caso privare il proprietario del fondo dominante degli scoli una volta promessi, sarebbe stato opportuno aggiungere nell'articolo le parole seguenti: *salvo patto contrario*, salve le condizioni speciali, o simili. Ma si replicò che non era necessario aggiungere alcuna riserva per il caso di stipulazione contraria, perchè non è oggetto di dubbio, anche senza che la legge lo dica, che le parti possono sempre con patti contrari derogare a queste regole (2).

(1) Condotta delle acque § 1253.
(2) Comm. leg. seduta del 10 maggio 1865.

§ 262.° Coloro che hanno interesse comune nella derivazione e nell'uso dell'acqua, o nella bonificazione o nel prosciugamento de' terreni, possono riunirsi in consorzio, affine di provvedere all'esercizio, alla conservazione ed alla difesa dei loro diritti. L'adesione degl' interessati e il regolamento del consorzio devono risultare da scritto. (art. 657).

Costituito il consorzio, le deliberazioni della maggioranza di esso nei limiti e secondo le norme stabilite nel regolamento relativo, avranno il loro effetto in conformità dell'art. 678 (art. 658).

La formazione di tale consorzio può anche venire ordinata dall'autorità giudiziaria sulla domanda della maggioranza degl' interessati, e sentiti sommariamente gli altri, quando si tratti dell'esercizio, della conservazione e della difesa di diritti comuni, dei quali non sia possibile la divisione senza grave danno. In tal caso il regolamento proposto e deliberato dalla maggioranza è pure soggetto all'approvazione dell'autorità giudiziaria (art. 659).

Lo scioglimento del consorzio non ha luogo se non quando sia deliberato da una maggioranza eccedente i tre quarti, o quando potendo la divisione effettuarsi senza grave danno, essa venga domandata da qualunque degl' interessati (art. 660).

In tutto il rimanente si osserveranno per tali consorzi le regole stabilite per la comunione, la società e la divisione (art. 661).

La facoltà di costituire consorzi era già riconosciuta in Italia da leggi diverse che vi avevano vigore. Si fece un passo più avanti consigliato dal Giovanetti. Si resero obbligatorii, sulla richiesta della maggioranza degl'interessati quando si tratta dell'esercizio, della conservazione e della difesa di diritti comuni, dei quali non sia possibile la divisione senza grave danno.

La potenza dell'associazione è così grande, così universalmente riconosciuta, che anche negl'interessi privati vuol essere favorita, provvedendosi a che il capriccio e l'indifferenza di pochi fra gl'interessati non sia di ostacolo al vantaggio certo di molti.

Niun dubbio che la legge civile deve esser cauta nell'ammettere il sistema della maggioranza, perchè esse costituiscono una violenza alla volontà di quelli che sono in minor numero. Ma trattandosi di interessi comuni nella derivazione o nell'uso dell'acqua, nella bonificazione o prosciugamento di terreni paludosi, e perciò di operazioni aventi un vantaggio materiale ed evidente, era questo uno dei casi in cui il rigore del diritto doveva cedere al principio di convenienza. Si ebbe però cura di tutelare anche gl'interessi della minoranza richiedendo l'intervento dell'autorità giudiziaria, per la formazione coattiva e pel regolamento del consorzio.

L'articolo 678, cui si riporta l'articolo 658, è concepito nel modo seguente: Per l'amministrazione e pel migliore godimento della cosa comune, le deliberazioni della maggioranza dei partecipanti sono obbligatorie anche per la minorità dissenziente. Non vi è maggioranza se non quando i voti che concorrono alla deliberazione, rappresentano

la maggiore entità degl' interessi che costituiscono l'oggetto della comunione. Se non si forma una maggioranza, o se le deliberazioni di essa risultano gravemente pregiudizievoli alla cosa comune, l'autorità giudiziaria può dare gli opportuni provvedimenti, ed anche nominare all' uopo un amministratore.

Si sarebbe voluto che fossero più estesi i poteri attribuiti alla maggioranza dei comunisti, ma prevalse l'opinione che attribuendo alla maggioranza il diritto di obbligare la minoranza non solo nell' amministrazione e nel godimento della cosa comune, ma anche in tutte le altre controversie, si lederebbero i diritti di proprietà, la qual cosa sarebbe esorbitante.

Neppure si credè aderire alla proposta fatta che per costituire la maggioranza non dovesse riguardarsi alla sola entità degl' interessi, com' è stabilito in questo articolo, ma ben anche al numero dei comunisti, perchè in fatto di comunione di beni l' unico elemento per costituire la maggioranza deve realmente essere l'entità dell'interesse che ciascheduno ha su la cosa comune.

Giova intanto avvertire che il secondo capoverso di tale articolo era nel progetto ministeriale concepito nei seguenti termini: Se non potrà formarsi una maggioranza, o se le deliberazioni di essa risultino gravemente pregiudizievoli alla cosa comune, potrà l'autorità giudiziaria nominare un amministratore nonostante il disparere dei partecipanti.

La commissione senatoria lo modificò leggermente come giace nel testo, per autorizzare all' occorrenza i tribunali a dare quei provvedimenti che fossero sufficienti a risolvere le difficoltà ed a fare cessare le controversie prima di venire alla misura estrema della nomina di un amministratore, la qual cosa parve equa e nel tempo stesso consentanea al concetto della disposizione contenuta in quel capoverso (1).

SEZIONE IV.

IN QUAL MODO SI ESTINGUONO LE SERVITU'.

§ 263.° Per compiere la trattazione delle servitù, non rimane che esaminare il modo della loro estinzione.

Le servitù cessano in tre modi: 1° per impossibilità di esercitarle; 2.° per la confusione; 3.° per la prescrizione.

§ 264.° In primo luogo le servitù cessano quando le cose si trovano in tale stato che non se ne possa più far uso (art. 662). Acciocchè questo cambiamento dello stato delle cose possa operare la estinzione della servitù, è necessario che concorrano le due seguenti condizioni: 1.° che l'esercizio della servitù sia impossibile, come se l' edificio cui

(1) Relazione della commissione senatoria italiana sul progetto del codice civile.

è dovuta la servitù o quello su cui è imposta sieno crollati per vetustà, per causa d'incendio o per altro accidente qualunque, o se la fonte alla quale si attingeva l'acqua è disseccata: ma se la distruzione della cosa fosse parziale, si eserciterebbe su la parte rimasta, non potendosi ritenere estinta in tal caso la servitù; 2.° che il cangiamento sia fortuito, e non avvenuto per opera del proprietario del fondo serviente, non potendo alcuno trarre vantaggio dalla propria colpa o dal proprio dolo.

Nondimeno la impossibilità può essere non assoluta, ed in tal caso le servitù risorgono, se le cose sono ristabilite in modo che se ne possa nuovamente far uso, salvo che sia già trascorso uno spazió di tempo bastante ad estinguere la servitù: sotto la stessa limitazione, ricostruendosi un muro od una casa, si conservano le preesistenti servitù (art. 663). In grazia della libertà dei fondi si è stabilito che se la impossibilità di esercitare la servitù siesi prolungata per uno spazio di tempo bastante ad operare la prescrizione, la servitù si reputa estinta; è ciò contro la nota regola del diritto in fatto di prescrizione *contra non valentem agere non currit praescriptio*; avvegnachè il far rivivere la servitù dopo un lasso indeterminato di tempo, avrebbe sottoposto i fondi ad una perpetua soggezione; mentre l'interesse pubblico esige che si assodi nel modo più esteso possibile la libertà naturale delle proprietà.

§ 265.° In secondo luogo la servitù si estingue per la riunione in una sola persona della proprietà del fondo dominante e quella del fondo servente (art. 664): *Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit* (1). Per operarsi una tale confusione è d'uopo che essa si verifichi per la totalità del fondo servente, giacchè se la confusione non avviene che per una parte soltanto, la servitù continua su l'altra, cioè su quella della quale non si è acquistata la proprietà del fondo dominante o servente.

La proprietà dell'uno o l'altro di siffatti fondi dev' essere certa ed irrevocabile per operare la estinzione della servitù, non precaria o risolubile, poichè in tal caso verificandosi la condizione risolutiva, le cose ritornano nello stato anteriore, e la servitù resterà nel suo pieno vigore. La condizione del risorgimento della servitù si è che le cose ristabilisconsi in modo che se ne possa usare come prima, sebbene con qualche diversità rispetto al suo esercizio. Così se alcuno concedeva una servitù di passaggio che avesse cessato di esistere per effetto di abbassamento od alzamento della strada pubblica, risorgerebbe il passaggio, se il proprietario del fondo servente avesse mediante nuove opere ristabilito l' accesso per la via pubblica, quando anche il sentiero avesse subito per lo stato nuovo delle cose una qualche deviazione nel tronco che immette su la via pubblica (2).

§ 266.° In terzo luogo le servitù si estinguono con la prescrizione,

(1) L. 1 Dig. Quemad. servit. amitt.
(2) Bordeaux, 14 agosto 1851.

cioè pel non uso durante il corso di trenta anni (art. 666). Con questa locuzione non èvvi differenza tra le servitù continue e le discontinue, poichè tutte possono estinguersi per mezzo della prescrizione: la sola differenza che vi si osserva, si è circa l'epoca in cui questa comincia, siccome dinanzi avvertimmo.

La prescrizione della legge è logica, poichè colui che non usa di un diritto si reputa che lo abbandoni: il lasso considerevole di tempo che corre è indice manifesto della sua volontà. Quantunque la servitù non si usa da per noi medesimi, pure non debbesi conchiudere per la sua estinzione, poichè il diritto può essere usato da altri in nostro nome, come da un fittaiuolo, dall'usufruttuario, o da altra persona che esercitasse delle ragioni sul fondo, come un incaricato, un operaio, un gestor di negozio, un amico. Ricordiamo che la prescrizione non corre contro i minori non emancipati e gl'interdetti per infermità di mente; come pure non ha luogo riguardo ai diritti condizionali sino a che la condizione non siesi verificata; riguardo alle azioni in garentia sino a che non abbia avuto luogo la evizione; e riguardo al fondo dotale proprio della moglie, ed al fondo specialmente ipotecato per la dote e per l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali; durante il matrimonio; e finalmente riguardo ad ogni altra azione, il cui esercizio è sospeso da un termine, fino a che il termine non sia scaduto (art. 2120).

Si è da alcuno domandato se il non uso avvenuto per effetto di violenza operi che si prescriva la servitù. Maleville ha opinato per la affermativa sul fondamento che l'articolo non fa alcuna distinzione. Toullier decide l'opposto su l'appoggio che non devesi imputare a sua colpa o negligenza la perdita di essa. Quanto a noi crediamo legale quest'ultimo pensamento, poichè se la violenza non scaturisce acquisto di diritto, non opera neppure la perdita di essi: soltanto diciamo che questo caso sia difficile ad accadere.

La differenza tra le servitù continue e discontinue di cui parlammo circa l'incominciamento della prescrizione è dalla legge precisata, e quindi i trent'anni incominciano a decorrere secondo le diverse epoche di esse, o dal giorno in cui si è cessato dall'usarne, se trattasi di servitù discontinue, o dal giorno in cui siesi fatto un atto contrario alla servitù, se trattasi di servitù continua (art. 667).

Determinandosi le epoche in cui cominciano le prescrizioni a decorrere la legge dichiara se le servitù sono discontinue, come un diritto di passaggio, o di attingere l'acqua, per le quali il fatto attuale dell'uomo è indispensabile, i trent'anni incominciano a decorrere dal giorno dell'ultimo fatto, ancorchè il proprietario del fondo servente nulla abbia fatto dal canto suo per impedire l'uso. Se poi trattasi di servitù continue, cioè quelle che si esercitano senza bisogno del fatto dell'uomo, i trent'anni cominciano a decorrere dal giorno in cui si è fatto un atto contrario alla servitù. In conseguenza di che se ho una servitù di acquedotto sul fondo altrui e il proprietario di questo l'ottura, egli è questo un atto che mi toglie l'uso della servitù. Se

per trent' anni computabili dal giorno di questo impedimento, io non me ne dolgo , la servitù è estinta. Ho una servitù di prospetto sul fondo del vicino, e di mia volontà me la tolgo chiudendo la finestra. È questo un atto contrario ai miei interessi. Se trascorsi i trent'anni dall' atto della chiusura io volessi riaprirla , non lo potrei perchè la servitù è estinta.

Gli atti d' interruzione però non fan decorrere la prescrizione. Essa decorre utilmente dal dì dell' ultimo atto d' interruzione; cosicchè taluno può impedire che essa decorra con atti giudiziali, ma non deve però farli perimere, cioè se fra tre anni non prosegua il giudizio inoltrato la mercè di essi (art. 338 proc. civ.).

§ 267.° Le servitù acquistate dal marito al fondo dotale e dall'enfiteuta al fondo enfiteutico non cessano per lo scioglimento del matrimonio nè per l'estinzione dell'enfiteusi: cessano però quelle che su lo stesso fondo fossero state imposte dalle suddette persone (art. 665). È principio fondamentale che una servitù prediale non può essere imposta o almeno mantenuta, allorchè si contempli la perpetuità, se non da colui presso del quale esiste il pieno dominio e godimento del fondo che si vuole sottoporre a servitù. Questa regola ha propriamente tutto il suo vigore allorchè si tratta di sottoporre un fondo qualunque ad una servitù, e non quando si tratta di acquistare in favore di un fondo un beneficio mediante il diritto di servitù sopra un fondo altrui. Nelle cose favorevoli non vige il rigore delle cose nocevoli, ossia di quelle cose nelle quali si tratta o d'imporre un onere o di far deteriorare il valore di un nostro bene (1).

Ciò posto, riesce chiaro che se il marito e l' enfiteuta possono acquistare servitù al fondo dotale ed al fondo enfiteutico, non possono imporle se non durante il tempo del loro godimento. Finito questo, se non vi è consenso o ratifica della moglie o del direttario, la servitù si estingue, e trova applicazione la massima: *Resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis.*

Per altro non si creda che la servitù acquistata dal marito e dall'enfiteuta debba sempre sopravvivere allo scioglimento del matrimonio e dell' enfiteusi, poichè la si potrebbe stabilire in relazione al godimento, anzichè in riguardo al fondo, e si avrebbe allora lo stabilimento di una servitù *ad diem* perfettamente lecito (2).

§ 268.° Il modo della servitù si prescrive nella stessa guisa che la servitù medesima (art. 668): *Si is qui nocturnam aquam habet, interdiu per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitutem qua usus non est. Idem est in eo qui certis horis aquae ductum habens, alios usus fuerit, nec ulla parte earum horarum* (3). La prescrizione che può estinguere la servitù, può modificare diversamente il suo uso, la sua maniera di usarne. Sotto il nome di *modo* questo

(1) Romagnosi, Condotta delle acque, § 416.
(2) Pacifici Mazzoni, com. su l'art. 665, § 566 e 567.
(3) L. 10 Dig. quemad. servit. amitt.

vuolsi indicare. Ad esempio, nelle servitù di passaggio il modo consiste nel passare a piedi od a cavallo. Se trattasi di servitù di lume, il modo consiste nell'apertura più o meno ampia e nel numero più o meno esteso delle finestre.

Dicesi che il modo della servitù si estingue come la servitù stessa. Nondimeno se il nuovo modo attenua l'antica servitù, il dippiù si estingue. Chi gode la servitù può aprire più finestre e ne apre una sola: elassi i trent'anni non può aprire le altre. Questa teorica è applicabile in genere a tutte le servitù. Ma non è lo stesso per l'acquisto della servitù; avvegnachè se il titolo mi accorda la servitù *aquam hauriendi* nel vostro fondo durante il giorno, ed io ne usi per trent'anni durante la notte, non posso più servirmene secondo il titolo nel giorno, poichè l'uso ha cambiato la natura di essa. Ho acquistato il diritto di passare per una parte del fondo altrui; vi passo per trent'anni per un'altra parte: l'antico modo sarà prescritto; e, poichè trattasi nei casi enunciati di servitù discontinue non si è acquistato il nuovo.

Se il nuovo modo aumenta la servitù conviene distinguere ancora. Se la servitù è di quelle che possono acquistarsi con la prescrizione, questo modo novello viene nella stessa maniera ad acquistarsi. Se la servitù non si può acquistare mediante il titolo, il modo nuovo non può acquistarsi, poichè si verrebbe ad agire contro il titolo stesso, il che non è lecito. Nel primo caso, se in luogo di due finestre che dovea aprire, ne apro quattro, la eccedenza può acquistarsi con la prescrizione di trent'anni, poichè questa è una servitù continua ed apparente che può con titolo e con la prescrizione acquistarsi. Nel secondo caso, se ho il diritto di passaggio nel fondo altrui, ma a piedi, e nondimeno per trent'anni vi sono passato a cavallo, non ho acquistato il modo novello, poichè essendo questa servitù del genere delle discontinue che non possono acquistarsi per prescrizione, ed il modo della servitù dovendosi prescrivere come la servitù stessa, ne deriva che questo segue la sorte di quella, e quindi non è acquistabile per prescrizione. L'antico modo però non rimane distrutto, poichè nel più si contiene il meno.

§ 269.° Dopo che la legge ha stabilito che la servitù e il suo modo d'esercizio si estinguono con la prescrizione, passa a determinare quali cause particolari alla servitù ne impediscono o no il corso, e dichiara che la sussistenza di vestigi di opere, con le quali si pratica una presa d'acqua non impedisce la prescrizione (art. 669); e ciò perchè il proprietario del fondo dominante può credere essere utile a lui, o essere anche necessitato a non servirsi più dell'acqua, come se conoscesse essere proficuo di cambiare il genere di coltura, lasciando l'irrigazione per cui gli competeva la servitù, o dovesse sospendere o cambiare il genere d'industria pel cui esercizio conduceva l'acqua, e posto in tale cognizione sarebbe iniquo forzarlo o a derivar l'acqua per lui inutile, e per altri forse proficua, o subire la perdita della servitù, di cui un giorno egli stesso o i suoi successori potranno valersi.

§ 270.° La legge dice non restare impedita la prescrizione dalla sussistenza di vestigi di opere: adunque se esistessero solamente dei tronchi di canali in qualunque posizione sieno, e il resto fosse colmato e rotto, la prescrizione correrebbe; così ancora correrebbe se esistesse anche intero tutto il canale, ma fosse distrutta l'incile e la bocca di derivazione, onde l'acqua non potesse entrare e decorrere in esso canale. In verità la prescrizione si fonda sulla presunta volontà di abbandono del proprio diritto; or bene quando l'opera di presa d'acqua sia in tale stato da non servire affatto all' esercizio della servitù, è manifestamente dichiarata la volontà di abbandonarla, nè può ragionevolmente farsi alcuna distinzione, almeno in riguardo agli effetti, fra l' inesistenza assoluta delle opere, e l'esistenza inservibile, e può meritamente dirsi che in questa ipotesi le cose si trovano in tale stato che non si può far uso della servitù (art. 662).

§ 271.° Per impedire la prescrizione si richiede l' esistenza e la conservazione in istato di servizio dell'edifizio stesso della presa, ovvero del canale derivatore. Sopra questo punto conviene fare due osservazioni, prima in riguardo all'opera, secondo al suo stato. La legge non esige che tutto l'acquedotto dal suo principio al suo fine sia in istato di servizio, ma che vi sia solamente l'edifizio di presa, ovvero il canale derivatore, secondochè l' acqua si deriva mediante quello o questo. L'edificio di presa è opera stabile e permanente stabilito nella sponda del corso o del serbatoio dell'acqua, che si ha diritto derivare: il canale derivato poi è quel canale mediante cui l'acqua si conduce nel proprio fondo: in questo l'acqua può entrare o mediante l'edifizio di presa, o veramente per semplice chiusa che si tolga nel suo principio, o che si collochi attraverso il corso dell'acqua, che mediante il rigonfio prodottosi versi nel canale derivatore, che trova aperto. Di qui appare perchè per l' impedimento della prescrizione si richiegga l' esistenza e la conservazione in istato di servizio dell' edifizio stesso della presa, ovvero del canale derivatore; se l'acquedotto è munito di quello, non si richiede altro: lo stato del canale derivatore non entra punto in considerazione: sia tale che possa servire o no poco importa. Se al contrario l'acquedotto non sia munito del nominato edifizio, in questo caso la prescrizione non resta impedita che dall'esistenza e dalla conservazione in istato di servizio del canale derivatore (1).

§ 272.° In conseguenza del principio della indivisibilità della servitù è stabilito che se il fondo dominante appartiene a più persone in comune, l'uso della servitù fatto da alcuna di esse, impedisce la prescrizione riguardo a tutte (art. 671). Il possesso in comune fa risguardare i comproprietarii come mandatari l'uno dell'altro, per cui il fatto dell'uno giova all'altro. La servitù è in favore del fondo, epperò chiunque dei proprietari la esercita la conserva pel fondo. La considerazione della persona qui non entra, non essendo necessario che la ser-

(1) Pacifici Mazzoni, com. su l'art. 669, § 616 e 617.

vitù si eserciti personalmente; ma può essere esercitata in nome nostro anche da altri. Bisogna però che questa sia strettamente comune a tutti; mentre se ciascuno dei condomini ne abbia una tutta propria a sè e separata dagli altri, allora il non uso mena alla prescrizione, ed il fondo servente per questa parte ne viene liberato.

§ 273.° In virtù dello stesso principio della indivisibilità della servitù ne segue che la sospensione o interruzione della prescrizione a vantaggio di uno dei comproprietari profitta anche agli altri (art. 672). Nel fondo comune la prescrizione non opera contro ciascuno dei proprietari quando l'altro ne esercita i diritti, poichè coi suoi esercita anche quelli dei consoci, epperò se tra costoro trovasi alcuno contro cui, come per es. un minore non abbia potuto decorrere la prescrizione, questi conserverà i diritti di tutti gli altri. Questa dottrina comune col diritto romano trova la sua ragione nella indivisibilità del diritto, il quale, se per una specie d'impossibilità legale non ha potuto esercitarsi, il non esercizio siccome giova all'uno, non può nuocere all'altro; altrimenti si violerebbe la massima che ogni diritto a molti appartenente non sia suscettibile di divisione.

§ 274.° Oltre i modi enunciati di estinzione della servitù, è d'uopo aggiungere anche quelli tratti dai principi generali del diritto, e questi sono: 1° la rinuncia della servitù fatta dal proprietario del fondo servente; 2° la risoluzione del diritto di colui che ha costituita la servitù; 3° la risoluzione del titolo costitutivo della servitù; 4° lo spirare del termine per lo quale la servitù fu stabilita.

La rinunzia alla servitù, essendo una specie di alienazione di una parte della proprietà, non può farsi che da colui che ha la libera disposizione del fondo dominante, ed in conseguenza sarebbe di niun vigore quella fatta dall' usufruttuario, o dal marito o tutore sul fondo dato in usufrutto, della moglie o del minore.

La risoluzione del diritto di colui che ha costituita la servitù, opera del pari la estinzione di questa, poichè niuno può trasferire in altri diritti maggiori di quelli che ha: *Resoluto iure dantis, resolvitur etiam ius accipientis*. Epperò la servitù stabilita dall' enfiteuta, con la devoluzione del fondo dato in enfiteusi, si viene anche a disciogliere. La servitù stabilita dal compratore soggetto alla condizione risolutiva, svanisce con l' avveramento del caso preveduto. Lo stesso ha luogo per quella stabilita dal donatario, il di cui diritto può essere rivocato per l'inadempimento delle condizioni, o per la sopravvenienza di figli, o pel patto riversivo.

Si perde anche la servitù per tutti i casi in cui il contratto di acquisto viene ad essere rescisso per minore età, per interdizione o per altra incapacità.

Da ultimo la servitù si estingue col decorrimento del tempo pel corso del quale si è costituita, essendosi da noi precedentemente osservato che la servitù può anche esser costituita a tempo, come per trenta, quaranta, o cinquant' anni.

TITOLO IV.

DELLA COMUNIONE.

§ 275.° La comunione dei beni si verifica quando la proprietà di una stessa cosa o di uno stesso dritto compete indivisamente a più persone.

§ 276.° Nel codice francese e nei codici italiani anteriori a quello in vigore trovavansi sparsi in varii luoghi molte disposizioni intorno alla comunione; ma non vedevansi in essi raccolti ed ordinati insieme i canoni fondamentali di ogni specie di comunione. Al contrario il codice italiano, sul sistema del codice austriaco, seguendo un ordine più logico e sicuro, formula i principii generali della comunione in questo titolo, togliendo dalle disposizioni relative a talune comunioni, come da quelle fra coeredi, fra conjugi, e fra socii, quelli che possono avere un carattere generale, e sono applicabili a tutte, od almeno alla maggior parte di esse, e completare tali norme nel presente titolo, rinviando le regole particolari a ciascuna specie di comunione.

§ 277.° La comunione è sempre volontaria, e niuno può essere costretto a rimanere in comunione suo malgrado, potendo ciascuno dei partecipanti domandare lo scioglimento di essa (art. 681). Questa regola è molto saggia, poichè le proprietà possedute in comune suscitano frequenti gare tra condomini, si migliorano a grandi difficoltà, e non sono commerciabili come le proprietà possedute divisamente.

Nondimeno è valido il patto di rimanersi in comunione per un tempo determinato, non maggiore di dieci anni; ma l'autorità giudiziaria però ove gravi ed urgenti circostanze lo richiedano, come delle aspre e pericolose gare tra stretti congiunti, può ordinare lo scioglimento della comunione anche prima del tempo convenuto (art. 681). Questo termine di dieci anni può ancora essere prorogato, non essendovi alcun divieto al riguardo; ma laddove fosse convenuto per tempo maggiore di anni dieci, non è obbligatorio per le parti che lo hanno sottoscritto se non fino a tal termine; salvo se le stesse vi si prestano volontariamente anche pel tempo al di là dei dieci anni. Pel nostro codice napolitano il termine della indivisione non poteva eccedere i cinque anni (art. 734).

§ 278.° La comunione dei beni può variare secondo le particolari convenzioni intercedute tra i condomini o dalle speciali disposizioni della legge, ed è solo in mancanza di siffatte convenzioni e disposizioni che hanno luogo le regole della legge che andremo di qui a poco esponendo (art. 673)

§ 279.° In primo luogo le quote dei partecipanti alla comunione si presumono eguali fino a prova contraria. Questa prova può risultare da titoli od anche da testimoni secondo il valore e la qualità della cosa

comune; ed in conseguenza della comunione il concorso dei partecipanti, tanto nei vantaggi quanto nei pesi sarà proporzionato alle rispettive quote (art. 674). Egli è giusto che il concorso venga proporzionato alle rispettive quote, non dovendosi aggravare dei pesi un partecipante al di là dei vantaggi che la sua quota gli offre.

§ 280.° I dritti dei condomini vogliono essere considerati rispetto all'uso, all'amministrazione, ed alla libera disposizione della cosa comune.

In quanto al primo caso ciascun condomino può servirsi delle cose comuni, purchè le impieghi secondo la loro destinazione fissata dall' uso, e non se ne serva contro l'interesse della comunione o in modo che impedisca agli altri di servirsene secondo il loro diritto (art. 915). Così non è lecito occupare lo spiazzo o l' aia e il cortile comune, sia fabbricando su di una parte di esso, sia tenendovi animali che arrecano guasti, o rendono difficile e pericoloso l' ingresso agli altri condomini.

In conseguenza dello stesso principio che l' uso non può essere mutato per fatto di un solo condomino, deriva che un solo dei partecipanti non può fare innovazioni nella cosa comune, ancorchè le pretenda vantaggiose a tutti, se gli altri non vi acconsentino (art. 677). Ei non sarebbe quindi lecito ad un condomino di cangiare un fondo comune da seminatorio in arbustato o viceversa, togliere un condotto di acqua, rialzare gli astrici di un edificio comune. Al contrario non sarebbe impedito di migliorare la cosa comune, come intonacare un muro, dipingerlo, o farvi altri abbellimenti, tuttochè non consentiti dagli altri. La sola quistione che potrebbe sorgere in questi ultimi casi, sarebbe quella circa la contribuzione delle spese, che potrebbe essere ricusata, quando si trattasse di spese diverse da quelle essenzialmente necessarie alla conservazione della cosa, e che non ammettono dilazione per essere avvertiti gli altri condomini prima della loro esecuzione.

§ 281.° In riguardo all'amministrazione della cosa comune la legge attribuisce piena efficacia alle deliberazioni della maggioranza dei partecipanti, le quali sono obbligatorie anche per la minorità dissenziente. Non vi è maggioranza, se non quando i voti che concorrono alla deliberazione, rappresentano la maggiore entità degl'interessi che costituiscono l' oggetto della comunione.

Se non si forma una maggioranza, o se le deliberazioni di essa risultano gravemente pregiudizievoli alla cosa comune, l' autorità giudiziaria può dare gli opportuni provvedimenti, ed anche nominare all' uopo un amministratore (art. 658). Egli era giusto affidare la decisione a quelli che rappresentano la maggiore entità degl' interessi, poichè costoro sono più impegnati a migliorare la cosa comune, e tutelano per tal modo anche gl'interessi della minoranza. La maggioranza d' interessi può trovarsi anche presso di un solo individuo, se egli ha diritto per due terzi su la cosa comune, e quattro altri per un semplice terzo.

Al tempo della discussione del codice civile si sarebbe voluto che

fossero più estesi i poteri attribuiti alla maggioranza dei comunisti, ma prevalse la opinione che attribuendo alla maggioranza il diritto di obbligare la minoranza, non solo nell'amministrazione e nel godimento della cosa comune, ma anche in tutte le altre controversie, si lederebbero i diritti proprietà, la qual cosa sarebbe esorbitante.

Neppure si credè aderire alla proposta fatta che per costituire la maggioranza non dovesse riguardarsi alla sola entità degl' interessi, com' è stabilito in questo articolo, ma ben' anche al numero dei comunisti, poichè in fatto di comunione di beni l' unico elemento per costituire la maggioranza deve realmente essere l' entità dell' interesse che ciascheduno ha sulla cosa comune.

La commissione senatoria lo modificò leggermente come giace nel testo, per autorizzare all' occorrenza i tribunali a dare quei provvedimenti che fossero sufficienti a risolvere le difficoltà ed a fare cessare le controversie prima di venire alla misura estrema della nomina di un amministratore, la qual cosa parve equa, e nel tempo stesso consentanea al concetto della disposizione contenuta in quel capoverso.

Giova intanto avvertire che il secondo capoverso di questo articolo era nel progetto ministeriale concepito ne' seguenti termini:

Se non potrà formarsi una maggioranza, o se le deliberazioni di essa risultano gravemente pregiudizievoli alla cosa comune, potrà l'autorità giudiziaria nominare un amministratore non ostante il disparere dei partecipanti.

§ 282.° In conseguenza del concorso enunciato ciascun partecipante ha dritto di obbligare gli altri a contribuire con esso alle spese necessarie per la conservazione della cosa comune; salva a questi la facoltà di liberarsene con l' abbandono dei loro diritti di comproprietà (art. 676). Essendo l' obbligo delle spese relativo alla cosa, epperò d' indole essenzialmente reale, deriva che cessando il diritto mercè l'abbandono della cosa, cessa anche l' obbligo per la contribuzione della parte delle spese.

L' abbandono dev' essere fatto incondizionatamente da chi ha la capacità di farlo, e dev'essere messo a conoscenza delle parti interessate con atto legale; ma non è indispensabile che si faccia con atto bilaterale, bastando una semplice dichiarazione, sia giudiziale, sia stragiudiziale da parte di colui che intende abbandonare il suo diritto.

§ 283.° Finalmente in quanto ai diritti di libera disposizione delle cose comuni, è stabilito che ciascun dei condomini ha la piena proprietà della sua quota e dei relativi utili o frutti; che può liberamente alienare, cedere od ipotecare tale quota, ed anche sostituire altri nel godimento di essa se non si tratti di dritti personali (art. 657). Qui non ha alcun valore la decisione della maggioranza, come è stabilito per l' amministrazione della cosa comune, non avendo alcuna prevalenza il diritto dominicale di colui che rappresenta una quota maggiore per rispetto a colui che vi rappresenta una quota minore.

Se la cosa è divisibile, ciascuno dei partecipanti può chiedere la

sua quota in natura; altrimenti si vende il tutto per dividersi il contante che si ritrae dalla vendita.

In conseguenza dell'antico principio accolto dalla legislazione romana su l'indole *traslativa* della divisione della proprietà, se un condomino concedeva in ipoteca la cosa comune, la ipoteca s'imprimeva su tutta la cosa comune, e si dava luogo a molti regressi imbarazzanti tra coeredi e gli estranei che avevano acquistati i beni comuni. Al contrario come conseguenza dell'altro principio del diritto moderno che riconosce *dichiarativa* la divisione dei beni, se un coerede o condomino vende od ipoteca la cosa comune, l'effetto dell' alienazione o dell' ipoteca si limita a quella porzione che verrà a spettare al partecipante nella divisione (art. 679). Questo principio è molto giusto, non potendo alcuno vendersi od ipotecarsi al di là della propria quota, ed è molto semplice nella pratica applicazione, poichè evita quei regressi e circuiti di azioni che si verificavano col principio contrario.

§ 284.° In conseguenza del diritto che riconosce la libera disposizione della cosa comune, ciascuno può chiedere la divisione giudiziale della cosa comune o farla in via amichevole; ma se vi sono interessati minori od interdetti, è necessaria l' omologazione del tribunale civile (art. 301). Non sarebbe necessaria cotesta omologazione laddove si trattasse di divisione nella quale è interessata una donna maritata, poichè la divisione non contenendo clausole relative a vendita di beni stabili è dichiarativa non traslativa di diritti, e la legge richiede il consenso del marito nei soli casi di alienazione di beni stabili (art. 134).

Tuttavia non possono dividersi quelle cose che dividendosi cesserebbero di servire all' uso a cui sono destinate (art. 583), come l' atrio di un cortile, uno stradone per accedere nelle rispettive proprietà, una via, un pozzo, una cisterna, ec.

§ 285.° Nel caso di divisione i creditori o cessionari di un partecipante possono opporsi alla divisione a cui si procede senza il loro intervento, e possono intervenirvi a proprie spese; ma non possono impugnare una divisione consumata, eccettuato il caso di frode, o di devisione eseguita nonostante una formale opposizione, e salvo sempre ad essi l' esperimento delle ragioni del debitore o cedente (art. 680). In conseguenza del principio che chi si obbliga verso alcuno è tenuto di adempiervi su tutti i beni sieno presenti, sieno futuri, i creditori possono chiedere la divisione di una eredità alla quale il loro debitore ha rinunciato per non pagare i debiti, e possono anche opporsi ad una divisione alla quale si procede senza il loro intervento per tutela dei loro diritti, cioè per evitare che si commettano frodi in loro danno, sia facendo ricadere una quota minima a quel coerede o condomino che ha ceduto la sua, sia attribuendogli la parte peggiore dei beni in divisione; e cioè mediante accordi ed indennizzi segreti con gli altri coeredi. Nel caso che si tratti di divisione già eseguita possono anche impugnarla nel solo caso che vi sia intervenuta frode a loro danno.

§ 286.° Nei territori ov'è stabilita la reciprocità dei pascoli, il proprietario che vuole recedere in tutto od in parte dalla comunione del pascolo, deve farne la denuncia un anno prima, e al termine dell'anno perderà il diritto di pascolo nell' altrui fondo in proporzione del terreno che ha sottratto all'uso comune: la denunzia sarà notificata all'amministrazione comunale e pubblicata nel luogo degli affissi del comune. Sorgendo controversia, provvederà il tribunale civile ; ma la facoltà del recesso non può in verun caso essere contraddetta, se non per un grave ed evidente motivo di utilità generale del comune in cui sono situati i terreni. Il tribunale ammettendo il recesso, ne regolerà nel tempo stesso il modo e gli effetti, avuto specialmente riguardo alla qualità e quantità del terreno sottratto all' uso comune (art. 682). Nella commissione legislativa il deputato Mancini propose che questo articolo fosse soppresso, ed in ogni caso collocato nel titolo delle servitù prediali. Disse che le disposizioni in esso contenute urtano con quella che riconosce in tutti i proprietarii il diritto di chiudere i proprii fondi, e sono contrarie ai principii di libertà de' fondi e dei svincolamenti degli oneri imposti su le proprietà fondiarie consacrati nel codice, a cui sonosi anche informate varie leggi speciali, come quella sugli ademprivi nell' isola di Sardegna. Ma si osservò in contrario che quell'articolo consacra anzi la libertà de' fondi, e regola il modo di far cessare la reciprocità del pascolo a volontà dei proprietari, facendo una eccezione sola a questo diritto pel caso che la continuazione della comunione del pascolo si riconosca necessaria per qualche grave ed evidente motivo di utilità generale del comune ove essa esiste, eccezione temperata poi col giudizio del tribunale, e con le disposizioni stabilite nell' ultimo capoverso dello stesso articolo. Che in realtà vi sono dei comuni nei paesi montuosi e olivarii ne' quali il recesso della reciprocità del pascolo sarebbe la rovina del territorio, perchè mancherebbero allora i mezzi per concimare il terreno e gli alberi. Che non esiste la contraddizione con l' articolo 442 che permette a tutti i proprietarii di chiudere i loro fondi, poichè lo stesso articolo riserva espressamente i diritti di servitù spettanti ai terzi, e che da ultimo trattandosi della risoluzione di una comunione, l'articolo era collocato molto opportunamente nel titolo *della comunione*, e ad ogni modo la cosa era senza importanza, essendosi fatta la suddetta riserva nell' indicato articolo 442 (1).

§ 287.° La legge dichiara in ultimo di essere applicabili alla divisioni fra partecipanti alla comunione le regole concernenti le divisioni delle eredità (art. 684). Tra quelle regole devono anche comprendersi quelle stabilite nel codice di procedura per iniziare ed espletare il giudizio di divisione, così per rispetto al rito sommario da seguirsi, come per rispetto al modo della ripartizione dei beni e della formazione della massa ereditaria (art. 882 e seg. cod. proc. civ.).

(1) Seduta del 9 maggio 1865

TITOLO V.

DEL POSSESSO IN GENERALE.

§ 288.° Le disposizioni riguardanti il possesso erano sparse nel codice francese e in quelli che vigevano nella penisola italiana sotto diversi titoli. Parlavasi per altro generalmente del possesso in rapporto alla prescrizione, e dopo di essersi in alcuni codici trattato delle azioni possessorie, delle quali non è cenno in alcuni altri, si definivano gli effetti del possesso rispetto ai frutti ed altre giuridiche relazioni. Fu per ciò ottimo divisamente della legge nuova ridurre sotto lo stesso titolo tutte le disposizioni riguardanti il possesso in generale, i suoi caratteri e le sue specie, e compendiare nel medesimo la dottrina delle azioni possessorie, di nuova opera e di danno temuto, ed altre disposizioni relative alla dottrina del possesso.

§ 289.° Il possesso idealmente considerato è la relazione di una cosa esplicata nel fatto. Di qui deriva che può esercitarsi su di essa un potere assoluto ad esclusione di ogni altra persona. Epperò due cose avveransi nel possesso, il fatto della *detenzione* (*corporalis possessio*) e quello della nostra volontà, poichè *qui nescit non possidet* (1). *Non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est ut possideat, licet in fundo sit* (2).

Secondo i Romani la voce *possessio appellata est*, *ut Labeo ait, a pedibus quasi positio; quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit* (3). Per essi il possesso definivasi il *potere* di *fatto su la cosa esercitata con l' animo di averla per se* (*animus sibi habendi*).

Il codice italiano definisce il possesso *la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha o per se stesso, o per mezzo di un altro il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui* (art. 685). Questa definizione è tratta dai codici aboliti, ed esprime l'idea della detenzione, anzichè del possesso, avvegnacchè si tien conto nella stessa del semplice elemento materiale e corporeo che presenta la detenzione, e si trascura l'elemento intenzionale che costituisce il vero possesso. Il solo codice austriaco con molta esattezza distingue la detenzione dal possesso, ritenendo detentore chi la cosa ritiene nel suo potere in nome altrui o nella sua custodia, e possessore chi la tiene con animo di farla propria.

§ 290.° Il possesso può esser considerato in doppio modo rispetto alla proprietà, o come causa, o come effetto, e può essere inoltre considerato dalla proprietà medesima disgiunto e separato. Nel primo caso è di due specie: 1.° quello di colui che detiene la cosa con

(1) L. 1. Dig. de acquir posses.
(2) L. 41: Cod. eod. tit.
(3) L. 1 Dig. de acquir vel amitt poss.

animo di farla propria ed il quale per tal modo intende acquistare il dominio col mezzo della prescrizione; 2.° quello di colui che possiede la cosa sapendo di non essere il proprietario, come il sequestratario, l'usurpatore ed il ladro, i quali non potendo mai prescrivere atteso la presunzione contraria, cioè che il vero padrone non vuole abdicare il dominio su la sua cosa, dovrebbero dirsi *detentori* non *possessori* propriamenti detti. Nel secondo caso, cioè come effetto della proprietà, il possesso è eziandio di due specie: 1.° quello del padrone che tiene la cosa propria, poichè ogni proprietario è possessore, sebbene materialmente non possiede; 2.° quello delle persone che lo tengono in di lui vece, come il fittaiuolo, il colono, ec.

§ 291.° Su la questione se due persone potessero avere qualche volta ciascuno il possesso nel totale della stessa cosa i Sabiniani propendeano per l'affermativa; mentre i Proculiani avvisavano con maggiore ragione per la negativa: *Plures eamdem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut quum ego aliquid teneam, tu quoque id possidere videaris* (1). Infatti se si distingue il possesso di *dritto* dal possesso di *fatto*, dovrà convenirsi che siccome la proprietà e il dominio di una cosa non possono appartenere contemporaneamente a due persone distinte, non può esservi possesso in *solido* della cosa medesima. Nondimeno possono più persone esercitare contemporaneamente il medesimo possesso su la parte della cosa, come avviene ai comunisti i quali posseggono in comune la cosa indivisa: in tal caso si ha la *compossessio* giusta la espressione dei Romani.

§ 292.° Su l'altra quistione se il possesso sia un fatto, ovvero un dritto, noi propendiamo pel secondo avviso, poichè sebbene il possesso sia un fatto accettato nel significato di detenzione di una cosa qualunque, pure allorchè si offre con determinati caratteri, che gli fanno attribuire determinati effetti di legge, non può non offrire la natura di un diritto, tuttochè di specie affatto distinta, e diversa dalla semplice *detenzione* e dal *dominio*. Il Savigny non esprime diverso concetto al riguardo: Il possesso, egli dice, apparisce in principio come la facoltà puramente materiale di disporre di una cosa, facoltà estranea, ma non contraria al diritto, un semplice fatto senza caratteri legali. Nonpertanto questo fatto si trova protetto contro talune violazioni, ed è in vista di questa protezione che si son date delle regole intorno all'acquisto ed alla perdita del possesso, come se si trattasse di un diritto. Or questo motivo si trova nel rapporto esistente tra il fatto stesso del possesso, e la persona che possiede, poichè l'inviolabilità di questa protegge il possesso da ogni turbamento che al tempo stesso tende ad offendere la persona. E la persona come tale deve essere al sicuro di ogni violenza, poichè rispetto a lei la violenza è sempre contraria al diritto. E più innanzi, dopo alcune ipotesi, ritornando al caso in cui la violenza fatta alla persona turba o rapisca un possesso, dice: Qui

(1) L. 3. D de acquir. possess.

non vi ha la violazione di un diritto sussistente per se stesso fuori la persona, ma lo stato di questa si trova modificato a suo danno; e se vuolsi riparare pienamente ed in tutte le sue conseguenze l'ingiustizia prodotta dall'atto di violenza, di cui ella è stata vittima, è necessario ristabilire e proteggere lo stato di fatto che questa violenza aveva attaccato. E questa è la vera ragione di essere delle azioni possessorie. Il Savigny con queste vedute non può ritenere il possesso che come fatto e come diritto, fatto per sè stesso, diritto solo per le conseguenze. Infatti egli aggiunge: È evidente che nel suo principio considerato in se stesso il possesso non è che un semplice fatto. D'altronde è certissimo che delle conseguenze legali vi sono state annesse. Perciò è nel tempo stesso un fatto ed un diritto, per sè stesso è un fatto, per le sue conseguenze rassomiglia ad un diritto, e questa doppia natura è infinitamente importante per tutto quello che riflette questa materia.

SEZIONE I.

REQUISITI DEL POSSESSO LEGITTIMO.

§ 293.° Dicesi legittimo quel possesso che riunisce determinate condizioni. Queste condizioni sono che il possesso dev'esser *continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco, e con animo di tener la cosa come propria* (art. 686). Allorchè il possesso presenta siffatte condizioni addimandasi *legittimo* perchè è preso in considerazione dalla legge, ed è presunzione di proprietà. Nondimeno la legge dà anche importanza giuridica al possesso di *buona fede* ed al *semplice possesso* per taluni effetti determinati. Però bisogna convenire che ad eccezione della *semplice detenzione,* la quale non ha carattere giuridico, il legislatore italiano prende in considerazione il possesso qualunque sia, sebbene gli effetti diversificano secondo le varie qualità che lo modificano.

Non diversamente i Romani chiamavano *possesso naturale* la semplice detenzione, la quale non aveva importanza giuridica, *possesso giuridico* quello ammesso dal diritto civile, e *possesso civile* quello che si basava sopra un titolo abile a trasmettere il dominio, sebbene rilasciato da colui che non era il vero padrone, che aveva i caratteri sopra enunciati, ed era accompagnato dalla *buona fede.*

§ 294.° Il primo requisito del possesso legittimo è la *continuità.* Dicesi continuo il possesso che non si è mai perduto per tutto il tempo richiesto dalla legge per produrre gli effetti dalla stessa determinati. La continuità viene a perdersi con la perdita del possesso, ed in tal caso è indifferente il modo come questa si verifica, sia per volontario abbandono, sia involontariamente e perchè altri siesi impossessato della stessa cosa.

§ 295.° La perdita del possesso non si presume, ma vuol' essere dimostrata; si presume invece la continuazione dello stesso. Epperò il possessore attuale, dimostrando di aver posseduto in un tempo remoto si presume che abbia posseduto anche nel tempo intermedio, salva la prova del contrario (art. 691). In conseguenza di siffatta presunzione se il possessore provi di possedere oggi e di aver posseduto la cosa stessa nel 1843, non deve dimostrare di aver posseduto nel tempo intermedio, poichè rispetto a questo tempo la presunzione della legge supplisce alla mancata dimostrazione. Egli è però ammessa la prova del contrario; quindi l' avversario che dimostra di non essersi posseduta la cosa nel tempo intermedio, distrugge la presunzione di legge a favore dell' altra parte.

Il possesso attuale non fa presumere l' antico, non essendo logico il dedurre il possesso di oggi dal possesso antico; ma se il possessore abbia un titolo si presume di aver posseduto dalla data di esso, purchè non si provi il contrario (art. 692).

La continuità della durata del possesso dev' essere *reale*, e non *personale*; epperò non è necessario che la identica persona eserciti il possesso in tutto il periodo richiesto per operare determinati effetti, potendo esercitarsi anche dal successore, il quale unisce il suo possesso a quello del suo autore. Nondimeno la legge distingue le diverse specie di successori, e determina che il possesso continua di dritto nella persona del successore a titolo universale; mentre il successore a titolo particolare può unire al proprio possesso quello del suo autore per invocarne e goderne gli effetti (art. 693). I successori a titolo universale sono quelli che prendono una parte aliquota della eredità, e sono considerati come rappresentanti della persona del defunto; e stante la fusione che si verifica di dritto nelle due persone, accade che il possesso continua anche *iure* nella persona del successore, tuttocchè non abbia ancora accettata l' eredità.

Al contrario i successori particolari non confondono la propria persona con quella del loro autore, poichè non succedono nè alla persona nè alle sue obbligazioni, ma lo rappresentano soltanto nel diritto che loro è stato trasmesso. Epperò se credono di potere unire al loro possesso quello dell' autore per invocarne e goderne gli effetti, è loro lecito di farlo, perchè la legge ve li autorizza espressamente. Ma se non volessero congiungere al proprio il possesso del loro autore niun potrebbe obbligarveli. In tal caso il loro possesso non avrebbe alcuna relazione con quello anteriore, e laddove il primo fosse vizioso e di mala fede, non arrecherebbe alcun pregiudizio al successore particolare.

§ 296.° Il secondo carattere del possesso è la *mancanza d' interruzione*. Non si confonda la *continuità* del possesso con la *non interruzione* dello stesso. Opposta alla continuità è la *discontinuità*, cioè la interruzione naturale, ossia privazione del godimento effettivo della cosa o del diritto che si tiene in possesso. Opposta alla mancanza

d' interruzione è la privazione legale del godimento, mercè gli atti legittimi che la legge riconosce siccome interruttivi della prescrizione, tuttocchè sia continuato il godimento di fatto della cosa o del diritto.

§ 297.° In terzo luogo il possesso dev' esser *pacifico*, cioè esente da violenza, poichè ogni atto o fatto umano che trova nella violenza il fondamento della sua esistenza, non può produrre alcuno effetto giuridico, nè trovare garentia nella legge. In conseguenza di che è stabilito che gli atti violenti non possono servire di fondamento all' acquisto del possesso legittimo (artr 689). Nondimeno esso può cominciare quando la violenza sia cessata; e ciò perchè l' espulso dal possesso che ha dovuto cedere alla forza maggiore, può esercitare i mezzi legali per ottenerne la reintegra dopo che quella sia cessata. Se non li esercita, tacitamente consente che il possessore attuale cominci un periodo pacifico che produce i suoi effetti di legge. Su questa tacita permissione dell' espulso, la legge fonda la regola che il possesso viotento si trasforma in possesso pacifico.

L' impiego della forza usata a sostegno del possesso toglie a questo il carattere legale di *pacifico*, ed è indifferente se la forza siesi esercitata dal possessore o da un suo mandatario contro lo spoliato o contro chi possiede la cosa per lui; ed è del pari indifferente se la violenza sia fisica o morale, espressa o presunta, come sarebbe quella che avviene mercè la presenza di più uomini armati con attitudine minacciosa verso la persona del possessore, o verso coloro che in suo nome posseggono.

§ 298.° In quarto luogo è necessario che il possesso abbia il carattere della *pubblicità*. Dicesi pubblico il possesso quando è esercitato in modo da poter essere avvertito da chiunque abbia un interesse opposto a quello del possessore. Al contrario dicesi *clandestino*, quando è esercitato con tali atti i quali, sia per loro indole, sia per astuzia del possessore, non sono destinati a venire in conoscenza dell' interessato.

Nel diritto romano ritenevasi la clandestinità del possesso nel modo seguente: *Clam possidere eum dicimus qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo quem sibi controversiam facturam suspicabatur et ne faceret timebat* (1). Se quindi da un fondo sottoposto si fanno innovazioni e costruzioni in un fondo superiore, l'autore delle costruzioni non avrà un possesso pubblico, poichè il proprietario del fondo superiore può facilmente ignorare la esistenza delle opere fatte nella sua proprietà

Il possesso clandestino non altrimenti che il violento, non può meritare alcuna protezione dalla legge, perchè chi furtivamente ci toglie una cosa, non è meno reo di colui che la rapisce con violenza: se questi mostra molta audacia; quegli spiega degli artifizi che non sono meno riprensibili della violenza.

(1) L. 6 Dig. de acquir. possess.

Il possesso clandestino può anche trasformarsi in possesso pubblico dal momento in cui è cessata la clandestinità (art. 689). Se quindi dopo cessato il periodo del possesso clandestino, segue il possesso pubblico con le altre condizioni di legge per essere considerato legittimo, il possessore può reclamare gli effetti relativi alla durata di un tal possesso.

§ 299.° In quinto luogo il possesso dev'esser *non equivoco*. L'equivoco può cadere sul possesso stesso, quando cioè si esercita con atti che possono credersi fatti a titolo di vero possesso od anche di semplice tolleranza, come il passare in un fondo altrui o l'attingervi acqua, poichè colui che li esercita può compierli pel diritto che intende esercitare o per tolleranza del vicino e per rapporti di buon vicinato: *Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur non videtur possidere* (1).

L'equivoco può cadere sulle qualità del possesso, e sì in questo che nel primo caso impedisce al possesso di divenire legittimo.

§ 300.° In sesto luogo il possesso per esser legittimo dev'esser fatto *con l'animo di tener la cosa come propria*, cioè bisogna possedere con la coscienza di esserne proprietario (*animo domini*). Invece chi possiede per conto altrui ha la persuasione di esercitare un dritto che riconosce di appartenere ad altri.

Il possesso conservato con animo di tenere la cosa come propria si riferisce al diritto dominicale, ed apparisce o come esercizio del diritto di proprietà, quando è lo stesso proprietario che possiede la cosa, o come possesso esercitato per conto del proprietario dal terzo possessore, se questi non è il proprietario della cosa che possiede.

Opposto al possesso avuto con animo di possedere la cosa come propria è il possesso *precario*, com'è quello del conduttore, dell'inquilino, del sequestratario, del depositario, dell'usufruttuario, e di tutti gli altri che possedono in nome altrui (art. 2115).

Nel diritto romano la voce precario aveva un significato molto ristretto, perchè significava un prestito gratuito e rivocabile a volontà del concedente. Al contrario nel diritto nuovo ha ricevuto un significato più vasto e generico, esprimendo la concessiono di un diritto accompagnata dal riconoscimento di un altro diritto che il concedente ha riservato per se stesso, suoi eredi, successori od aventi causa.

Il precario si è pure talvolta confuso con la tolleranza e la familiarità, cioè quelle concessioni sempre rivocabili che i rapporti di buon vicinato talvolta consigliano, come di permettere un passaggio nel proprio fondo o che si attinga l'acqua alla propria fonte, senza che vi esista alcun diritto da parte di coloro a cui tali cose si permettono. Epperò tali atti non possono servire di fondamento all'acquisto del possesso legittimo (art. 688): *Facultas ius nullum proprium, aut privatum cuiusque supponit nullum praeesistentiam commercii contractus*,

(1) L. 41 Dig. de acquir vel amitt. poss.

sed multis et omnibus et a comuni natura et uni non ut uni, *sed ut inter multos*, *ius vero quod facultati opponitur et commerciis et privatis commodis privato cuique tribuitur*.

§ 301.° Finalmente se il possesso è di quelle cose delle quali non si può acquistare il dominio, come le cose del demanio pubblico, non è possibile esercitare su le stesse il possesso con animo di tenere la cosa come propria, (art. 690); quindi il possesso manca di uno dei requisiti necessarii per servire di fondamento alla prescrizione, e dare diritto alla manutenzione nel possesso dopo l' anno.

SEZIONE II.

DEL POSSESSO DI BUONA FEDE.

§ 302.° La buona fede aggiunta al possesso legittimo, di cui abbiamo trattato nella precedente sezione, lo rende capace di maggiori effetti giuridici, cioè di consolidare col trascorrimento di un tempo molto più breve l'acquisto fatto da colui che non era il vero padrone della cosa.

La buona fede è la coscienza di essere divenuto *proprietario di una cosa per effetto di un titolo* legale da colui che si credeva essere il vero padrone. Egli è quindi possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio del quale titolo ignorava i vizi (art. 701). Dicesi titolo qualunque mezzo legale capace di trasferire il dominio, come la donazione, il testamento, la permuta, la vendita, la dazione *in solutum*, ec. Così se alcuno ha comprato da chi ha dichiarato di possedere a titolo di proprietà da oltre trent'anni una proprietà, e dopo l'acquisto si conosce che il venditore non era il vero padrone; se l'aquirente ha ignorata una tale circostanza, ed è trascorso il tempo prescritto dalle legge, il compratore è divenuto proprietario, malgrado che avesse la cosa acquistato da colui che in realtà non era il padrone della cosa venduta.

I vizii sono tutti quelli che accennano al difetto o alla mancanza di qualunque requisito necessario al titolo perchè fosse traslativo dei diritti, sia che si riferiscono al soggetto, sia all'oggetto od alle formalità necessarie per operare il trasferimento del diritto. Se il vizio è ignoto all' acquirente si avrà la buona fede, se gli è noto si avrà la mala fede.

Se poi manca il titolo non può reputarsi in buona fede. Ma se continua il possesso dell' autore che era privo di titolo rispetto ad un determinato fondo, o l' erede continua il possesso di buona fede, in tal caso il testamento, o il possesso dei beni a titolo di successione intestata, suppliscono al titolo per rispetto a lui, ed egli può invocare questo possesso come fondamento della più breve prescrizione.

§ 303.° La legge supponendo tutti gli uomini onesti, presume la

buona fede: la mala fede come una deviazione dalla via del diritto, vuol essere dimostrata (art. 702).

§ 304.° Secondo il diritto romano e francese la durata della buona fede non dovea verificarsi per tutto il tempo richiesto per usucapire, bastando che fosse esistita nel momento dell'acquisto: *Mala fides superveniens idest scientiae rei alienae*, non *impedit usucapionem*. Nella scuola fu riprovata questa regola, e si trovò giusto il principio opposto per lo quale la buona fede doveva mantenersi per tutto il tempo del possesso.

Secondo le leggi napolitane del 1819 bastava che la buona fede vi fosse stata nel tempo dell'acquisto, perchè si fosse presunta continuata in tutto il tempo richiesto a prescrivere. La mala fede sopravvenuta noceva, ma non poteva essere ammessa a dimostrarla altra prova se non quella che risultava da scrittura (art. 2175 leg. civ.).

Il codice italiano ha riprodotto la teorica romana e francese, e ciò in base a queste considerazioni: La mala fede, è detto nei motivi del codice civile francese, che può sopraggiungere nel corso della prescrizione è un fatto personale a colui che prescrive, la sua coscienza lo condanna: nessun motivo può nel foro interno scusare la sua usurpazione. Le leggi religiose hanno dovuto operare tutta la loro forza per prevenire l'abuso che avrebbe potuto farsi della legge civile; ed allora segnatamente è essenziale il concorso delle une nel foro interno, e dell'altra nel foro esterno. Ma non si può del pari dubitare che la necessità delle prescrizioni la vinca sul timore di tali abusi, e la legge civile su le prescrizioni diventerebbe essa stessa meramente arbitraria ed incoerente se, dopo avere stabilite regole fondamentali, si distruggessero con regole che fossero con esse in contraddizione. Siffatti motivi hanno impedito di conservare quella che erasi tratta dalle leggi ecclesiastiche, e secondo la quale la buona fede sia richiesta per tutto il corso della prescrizione di dieci e di venti anni.

Egli è facile il comprendere la poca giustezza di tali ragioni, e come la regola segnata dalla legge napolitana del 1819 era più conforme alla morale ed alla giustizia.

SEZIONE III.

DEGLI EFFETTI GIURIDICI DEL POSSESSO.

§ 305.° Gli effetti giuridici del possesso variano secondo la diversa specie di quello che si è esercitato.

Al *detentore* o *possessore semplice* che non ha l'animo di tenere la cosa come propria, sono accordati i seguenti diritti: 1° di farsi reintegrare nel possesso del quale è stato violentemente o clandestinamente spogliato; 2° di denunciare alla giustizia la nuova opera; 3° di pretendere la cauzione per ogni danno possibile.

Al possessore *legittimo* sono accordati i seguenti diritti: 1° di essere mantenuto nel possesso quando ne fosse turbato; 2° di acquistare per mezzo della lunga prescrizione di trent'anni;

Al possessore legittimo e di buona fede sono concessi oltre i dritti enunciati, poichè nel più si contiene il meno, i diritti; 1° di ritenere i frutti e le migliorie esistenti nel fondo; 2° di ritenere la cosa posseduta sino al pagamento delle migliorie; 3° di prescrivere nel tempo di dieci anni; 4° di respingere l'azione dei terzi con cui chiedono rivendicare le cose mobili rilevate o comprate precedentemente.

La presente sezione è divisa perciò in tanti paragrafi quanti sono i diritti che le leggi riconoscono in pro dei diversi possessori.

§ 1.

Del diritto all' azione di reintegra.

§ 306.° L'azione di reintegra si accordava per diritto romano con gl'interdetti *unde vi* e *de vi armata*; epperò chi era stato spogliato del possesso con vie di fatto, il pretore gli concedeva l'*interdictum recuperandae possessionis*, il quale nei primi tempi era doppio *de vi armata et de vi quotidiana*, secondochè si era ovver no fatto uso della forza armata per togliere il possesso; ma in seguito scomparve quella distinzione, poichè importava la sola condizione della violenza, non la circostanza dell'uso delle armi. Erano però indispensabili due condizioni: 1ª che il possessore fosse stato spogliato del possesso in seguito della violenza usatagli, essendo indifferente che questa si fosse esercitata personalmente dallo spoliatore o per mezzo di un mandatario contro lo stesso possessore o contro i suoi rappresentanti; 2ª che si fosse trattato di possesso d' immobili soltanto, poichè per le cose mobili si dava l'*actio vi bonorum raptorum*.

§ 307.° Al contrario pel nuovo diritto chi è stato *violentemente* od *occultamente* spogliato del possesso, *qualunque esso sia*, di una *cosa mobile* od *immobile*, può entro l' anno dal sofferto spoglio chiedere contro l' autore di esso di venir reintegrato nel possesso medesimo (art. 695). Sia adunque che sia stata tolta una cosa per causa di esercizio arbitrario di ragioni, sia per causa di lucro, compete l'azione di reintegra, sebbene nel caso ultimo possa spettare l' azione di rapina o di furto, nella concorrenza dei caratteri che la legge richiede per la esistenza di tali reati. Egli è qui indifferente la durata del possesso, e che il possessore tenga la cosa col fine di farla propria; poichè siffatta azione compete all'inquilino, al colono, al sequestratario, e contro qualsivoglia persona, sia pure lo stesso proprietario della cosa, non essendo lecito ad alcuno di farsi giustizia con le proprie mani, poichè la reintegrazione del possesso a favore dello spogliato è una regola di ordine pubblico e di pace, che deve competere a favore di tutti, e qualechesiesi l'oggetto posseduto. L'impiego della violenza aperta od

occulta resta in tal modo efficacemente prevenuta, per ciò solo che gli effetti della medesima vengono tosto annullati. Onde all'azione di reintegrazione, benchè qualificata possessoria, si applica assolutamente il criterio giuridico già enunciato dal diritto romano per gl'interdetti possessorii: *Quamvis in rem concepta videtur, vi tamen ipsa personalis est* (*ex delicto*). Non avvi qui, rigorosamente parlando alcuna presunzione di diritto per lo spogliato; si vuole reprimere il fatto dello spoglio e nulla più; e la reintegrazione non esclude l'esercizio delle altre azioni possessorie anche per parte di colui contro il quale la medesima sia stata ordinata (1).

L'azione di reintegra deve esercitarsi nel termine di un anno, essendo essa della specie delle possessoriali. Elasso l'anno il possessore spogliato decade dal diritto di esercitarla, e non gli resta che l'azione petitoria e di proprietà per ricuperare il possesso della cosa perduta. Se poi si sperimentasse prima una tale azione, si sarebbe decaduto dal diritto di proporre l'azione di reintegra, poichè si sarebbe riconosciuto da parte dell'avversario il diritto a possedere la cosa, e si fa supporre il tacito abbandono del diritto all'azione di reintegra.

Se l'attore in reintegra soccumbe, può essere ammesso ad esercitare l'azione di manutenzione in possesso, quando non fosse trascorso l'anno dalla turbativa, e non fosse egli il possessore semplice al quale non è conceduta l'azione di manutenzione (art. 697).

§ 308.° L'azione di reintegra essendo fondata sopra un delitto, non può essere intentata contro gli eredi che in quanto si sono fatti più ricchi, *in quantum locupletiores facti sunt* (1). Non si confonda per altro l'erede del *deiectus* con l'erede del *deiciens*, poichè nulla impedisce al primo d'intentare la sua azione se si trova in tempo utile.

L'azione di reintegra comechè di indole affatto personale fondata sul delitto, una volta provata, resta lo spoliatore sottomesso all'azione anche quando non possiede più, o quando è stato giuridicamente spossessato da un altro in virtù dell'azione di revindica. Nondimeno in quest'ultimo caso i danni interessi dovuti dall'usurpatore devono stimarsi, non già in base al valore della cosa, ma solamente pel vantaggio che il possesso avrebbe procurato allo spogliato, supponendo che la spogliazione non avesse avuto luogo. Or questo vantaggio può consistere nel diritto di ritenzione per mezzo del quale lo spogliato avrebbe potuto farsi restituire le spese fatte su la cosa, se ne avesse conservato il possesso.

§ 309.° Il procedimento per l'azione di reintegra è affatto eccezionale, poichè una volta distrutta la posizione di fatto creata dall'atto illecito della violenza o della clandestinità, l'interessato dee essere agevolato a rientrare nel possesso della cosa di cui è stato spogliato con violenza; salvo lo esperimento dei diritti dominicali a favore di chi di ragione dopo refrenata la violenza: *Spoliatus ante omnia restituendus.*

(1) Motivi sul codice di procedura civile.

La reintegrazione deve ordinarsi dal giudice, premessa la citazione dell'altra parte su la semplice notorietà del fatto, senza dilazione e con la maggiore celerità di procedura contro qualsivoglia persona, fosse anche il proprietario delle cose di cui si è patito lo spoglio.

§ 310.° Il magistrato competente a giudicare l'azione di reintegra è il pretore locale, il quale accertato il fatto provvede per la pronta reintegrazione, e rimanda le parti avanti la detta autorità (art. 444). Ad evitare che i cittadini non fossero venuti alle mani era giusto attribuire la competenza dell'azione di reintegra al pretore locale, acciocchè lo stesso con un procedimento abbreviato e sommariissimo, avesse potuto rimettere nel possesso colui che ne è stato violentemente o clandestinamente spogliato. Il giudice non deve in tale giudizio definire o dichiarare diritti, ma accertare il fatto della violenza o della clandestinità dello spoglio, e restituire la cosa al primitivo possessore.

La sentenza da emettersi dev'essere munita di clausola provvisionale, trattandosi di un caso di particolare urgenza e di pericolo nel ritardo (art. 363, n. 3 cod. proc. civ.).

§ 2.

Del diritto all' azione di nunciazione di nuova opera.

§ 311.° Se il vicino costruendo o demolendo sul proprio o su l'altrui fondo alteri l'attualità delle cose, e porge fondato motivo per credere che da tale alterazione sia per derivarne pregiudizio all'altrui proprietà od impedimento al libero esercizio degli altrui diritti reali, può denunciarsi la nuova opera al pretore, onde mantenga lo *statu quo* ed impedisca la continuazione della nuova opera intrapresa.

§ 312.° Nel diritto romano l'azione di nunciazione di nuova opera, (*operis novi nunciatio*) era una opposizione o inibizione fatta a colui che intraprendeva un cambiamento qualunque con delle opere praticate sul suolo, sia elevando costruzioni, sia demolendole, sia colmando o sgombrando certe parti del suolo con opere che modificavano il suolo, o la superficie di una maniera qualunque; salvo che un tal cambiamento non fosse diretto a sorreggere un edificio che minacciava ruina (1).

La nunciazione di nuova opera aveva dunque per iscopo sia di difendere e di conservare un diritto che si era acquistato sul fondo altrui, sia di respingere un danno che minacciava la proprietà altrui, un luogo pubblico o religioso, e per prestare cauzione ove il danno accadesse: *Nunciatio fit aut iuris nostri conservandi causa, aut damni depellendi... Nunciamus autem: quia ius aliquid prohibet habemus vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo qui forte in publico vel in privato quid molitur; aut si quid contra leges, edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet vel in sacro, vel in loco*

(1) L. 1, § 11, 12 e 13. Dig. XXXIX, 1 de nunc. nov. operis.

religioso, vel in publico, ripave fluminis, quibus et causis et interdicta proponuntur (1).

La nunciazione si dirigeva più alla nuova opera che alla persona dell' innovatore, e si poteva sperimentare da colui che aveva un interesse privato da tutelare, ovvero da qualunque cittadino per la tutela di un interesse pubblico: *Nunciatio fit aut iuris nostri conservandi gratia, aut damni depellendi, aut pubblici iuris tuendi gratia. — Si in pubblico fiat, omnes cives opus novum nuntiare possunt. Jus habet opus novum nuntiandi, qui dominium aut servitutem habet. Creditori cui praedium tenetur, permittendum est de iure opus novum nunciare* (2).

L' effetto della nunciazione era, in quanto al denunciato d'impedirgli il prosieguo dell'opera incominciata, fino a che non veniva deciso dal giudice competente se potesse o no continuare. Si eccettuava da questa regola il caso in cui vi fosse stato pericolo nella sospensione, o se il nunciato avesse dato cauzione di rimettere le cose nello stato primitivo, ove fosse rimasto soccumbente nel giudizio di merito: *Edicto espressum est ne post operis novi nunciationem quisquam operis fiat, antequam caveat, quidquid aedificaverit, interdicto restitutorio destruere compellitur. Si is cui nuntiatum erit et operis novi nuntiatione satisdederit repromiserit aut per eum non fiat: perinde est ac si operis novi, nuntiatio omissa esset* (3).

Se poi malgrado la nunciazione il denunziato proseguiva senza avere ottenuto il permesso di vendere l' opera denunciata, egli veniva forzato a demolire i lavori anche prima che la quistione venisse giudicata nel merito, e non poteva più ottenere il detto permesso dopo la nunciazione (4). In questo caso il denunciante aveva un *interdictum restitutorium* per far demolire i lavori fatti *in spretum* dell'ordine del magistrato.

§ 313.° L' indole dell' azione di nunciazione di nuova opera si rileva dal seguente interdetto: *Hoc aedicto promittitur ut sive iure sive iniuria opus fieret per nunciationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus quatenus prohibendi ius qui nunciasset non haberet* (4). Da questa legge risulta chiaramente il concetto che poco importa all' esercizio della nunciazione se la nuova opera sia fatta con o senza diritto, *sive jura, sive injuria,* poichè l'interdetto avea solamente lo scopo di sospendere le innovazioni, salvo a vedersi di poi da quale parte stesse il diritto, applicandosi anche in questo caso quel principio tanto utile nell'amministrazione della cosa pubblica, che val meglio prevenire il male, anzichè dopo avvenuto cercarne il rimedio.

§ 314.° Lo scopo della nunciazione non era quello adunque di conservare o rivendicare il possesso, ma quello d'impedire che un danno avveniva o che si fosse pregiudicato un altrui diritto, epperò la qui-

(1) L. 1 § 16 e 17. Dig. eod. tit.
(2) L. 5 § 17. Dig. eod. tit.
(3) L. 1, § 7. Dig. cod. tit.
(4) L. 1 § 10 eod. tit.

stione di merito non dovea essere pregiudicata, ma ogni esame si limitava alle condizioni di fatto. Per la qual cosa non solo non si richiedeva che il denunziante dimostrasse il torto in cui si trovava la parte contraria, ma invece si ammetteva la nunciazione fino contro gli assenti e quelli che ignorassero l'opera nuova: *Et adversus absentes etiam et invitos et ignorantes operis novi nunciatio procedit; potest autem quis nunciare etiam ignorans quod opus fierit* (1).

§ 315.° Nel nuovo diritto le condizioni per esercitarsi l'azione di nunciazione di nuova opera sono le seguenti: 1° che l'opera non sia terminata; 2° che vi sia il timore d'un danno possibile; 3° che non sia decorso un anno dal cominciamento dei lavori.

Il fatto necessario per l'esercizio della nunciazione di nuova opera dev'esser tale che arrechi un'alterazione allo stato attuale di uno stabile; epperò chi ricostruisce quello che il tempo ha distrutto non eleva un'opera nuova: *Si quis aedificium vetus fulciat anno opus novum nunciare ei possumus, videamus et magis est ne possimus; hic enim non opus novum facit, sed veteri sustinent remedium adhibet.* Nondimeno se nel corso delle ricostruzioni non si mantengono le antiche distanze o non si rispettassero le servitù esistenti, la parte relativa alle novità darebbe luogo all'esercizio dell'azione di nunciazione di nuova opera.

§ 316.° In primo luogo non basta che l'opera sia nuova, ma è necessario inoltre che sia soltanto incominciata e non compita; altrimenti non esisterebbe l'opera da arrestare, e verrebbe meno lo scopo dell'azione di nunciazione.

Se poi i materiali preparati od altri preparativi fatti devono considerarsi come incominciamento dell'opera novella per autorizzare l'attore a reclamarne la sospensione, è questa una quistione di fatto, la quale resta abbandonata al criterio del magistrato, il quale esaminando tutte le circostanze della causa, deciderà se il cominciamento dell'opera nuova si verifichi nelle condizioni richieste dalla legge. L'opera nuova deve cominciare sul suolo, sia nella sua superficie, sia nelle viscere dello stesso; ed è indifferente che abbia luogo sul suolo proprio dell'innovatore o su quello del vicino.

§ 317.° In secondo luogo è necessario il timore di un danno possibile, sia in un immobile, sia in un diritto reale; altrimenti se non vi sia timore di alcun danno, non si dà luogo all'azione di nunciazione, poichè il nunciante non ha interesse di far sospendere quei lavori dai quali niun danno riceve.

§ 318.° In terzo luogo non deve decorrere l'anno dai lavori incominciati, poichè l'azione di nunciazione, comechè d'indole possessoria, non sperimentata in quella durata, si perde irrevocabilmente anche dalle persone incapaci; salvo ad esse il regresso dei danni contro i loro rappresentanti che non hanno vegliato all'esercizio dei diritti possessori nel tempo fissato dalla legge.

(1) L. 1, § 5 e 8 de operis novi nunciatione.

§ 319.° L'azione di nunciazione di nuova opera può essere esercitata da tutti coloro che hanno interesse di vedere allontanato il danno che può derivare dalla nuova opera al fondo, al diritto reale od altro oggetto posseduto; epperò una tale azione spetta al proprietario del fondo al quale la nuova opera reca nocumento, al condomino per la necessaria tutela della parte del dominio che rappresenta su la cosa comune, al domino diretto od utile, all' usufruttuario, all' usuario od abitante, al nudo proprietario, al possessore di ogni altro diritto reale ed al creditore iscritto, non che al colono, ovvero all'inquilino, al quale interessa di mantenere lo stato attuale e i diritti che esercita su la cosa posseduta a titolo precario.

§ 320.° Nel diritto romano l' azione di nunciazione di nuova opera si poteva iniziare contro chiunque, non esclusi i fabbri e gli altri operai: *Etiamsi fabris, vel opificibus, qui eo loci operantur, opus novum nunciari possit. Et generaliter ei nunciari opus novum potest qui in re praesenti fuit domini nomine. Neque refert quis si iste, vel cuius conditionis, qui in re praesenti fuit. Nam et si servo nunciatur, vel mulieri, vel puero, vel puellae, tenet nunciatio* (1). Oggidì non è dubbio che si possa intentare l'azione contro l'innovatore, sia che abbia diritto o no sul fondo sul quale si esegue il lavoro; ma è sempre utile in questi giudizii la messa in causa del possessore legale del fondo a cui favore si fa la nuova opera, onde la sentenza da emettersi sortisca i pieni effetti giuridici.

§ 321.° Il giudice competente a provvedere su l'azione di nunciazione di nuova opera è il pretore del luogo dove esiste il fondo dal quale parte l'innovazione, qualunque sia il suo valore e quello del fondo a pregiudizio del quale si fa l' innovazione. Ma dopo istituito il giudizio petitorio ogni reclamo relativo al possesso per fatti posteriori è deferito all'autorità giudiziaria davanti alla quale pende la causa (art. 444 cod. proc. civ.).

Egli è però necessario distinguere le quistioni sul provvedimento a darsi in seguito della nunciazione, sia vietando, sia permettendo la continuazione dell' opera, dalla disputa sul merito, la quale entra nella regola ordinaria di competenza secondo il valore dei fondi che formano l' obbietto dell'azione istituita (art. 940, cod. proc. civ.).

§ 322.° Il procedimento per l' esercizio di tale azione è del tutto eccezionale, sia per la dimanda, sia per la istruzione, sia per la decisione della causa.

La dimanda si fa con citazione intimata alla parte avversa, ovvero con ricorso diretto al pretore, il quale può provvedere sul ricorso stesso *inaudita parte*, ovvero ordinando che si citi la parte contraria (art. 938 proc. civ.).

La istruzione si riduce a procurarsi una sommaria cognizione del fatto, e si fa con la verifica dei fatti mediante tutti i mezzi di prova

(1) L. 5, § 3. Dig. cod. tit.

ammessi dalla legge, cioè con la perizia per assodare lo stato del luogo e se esistono le tracce della nuova opera, e coi testimoni per accertare quei fatti che sono transitorii di loro natura (art. 698 cod. civ. e art. 939 cod. proc. civ.).

La decisione è data o sul semplice ricorso o su la citazione con la istruzione. Nel primo caso il provvedimento chiamasi decreto, che deve notificarsi insieme col ricorso alla parte avversa con invito a comparire innanzi al pretore per sentire emettere la decisione su la controversia. Nel secondo caso il provvedimento è sentenza contenente misure interinali secondo le circostanze, o quando il pretore non sia competente a decidere nel merito deve rimettere le parti innanzi al giudice competente (art. 640 cod. proc. civ.).

Se il pretore ordina la continuazione dell'opera, deve far dare cauzione nel caso in cui vi sarebbe luogo a risarcimento dei danni in favore dell'attore, quando costui ottenesse una favorevole sentenza nel merito.

Se poi ordina la sospensione dei lavori deve imporre al nunciante di dare le opportune cautele, cioè una cauzione pel caso in cui il nunciato avesse diritto a liquidare i danni interessi per la vittoria riportata nella quistione sul merito (art. 698 cod. civ.).

§ 3.

Del diritto all'azione di danno temuto.

§ 323.° Con l'azione di nunciazione di nuova opera si provvede ai danni che possono derivare da un'opera cominciata e non compiuta; mentre con l'azione di danno temuto si provvede ai pregiudizi che possono a noi derivare da un'opera altrui in pessime condizioni. Se poi il danno si è verificato compete l'azione di danno, sia pel vantaggio di cui siamo stati privati, sia per la diminuzione sofferta sul nostro patrimonio.

§ 324.° Nel diritto romano diceasi tale azione *de damno infecto*. Se poi il danno non era solo temuto, ma avverato si dava l'*actio ex lege Aquilia*. Chi temeva che dalle proprietà del vicino, come da una casa crollante o dalla caduta di un albero potesse avvenire un danno al proprio fondo, poteva con l'*actio in factum* chiedere ed ottenere sicurezza di essere risarcito del danno, quante volte si fosse avverato. L'azione in fatto competeva al proprietario od a colui che avea un diritto reale, ed anche al possessore delle cose minacciate, e si poteva esercitare contro chiunque avesse posseduta la cosa dalla quale potea dipendere il danno. Competeva inoltre agli eredi e contro gli eredi: *Haec autem actio, cum rei habeat persecutionem, et heredi, et in heredem et perpetuo dabitur* (1).

(1) L. 4 ff. 10. Dig. de damno infecto.

Per far fronte ai danni futuri potea chiedersi la cauzione per qualunque danno che potea dipendere da vizi inerenti agli altrui fondi, cioè per *vitium artium, loci, operis , arborum*. Questa cauzione si chiedeva non solo dal proprietario della cosa che poteva essere danneggiata, ma da chiunque poteva avere su la medesima un diritto reale od anche personale: *Si et dominus propetis et fructuarius desideret sibi caveri damni infecti uterque surdiendus est; nec enim iniuriam sèntiet, promissor, non plus cuique praestiturus, quam quod eius intersit* (1).

§ 325.° Nel nuovo diritto è d'uopo esaminare rispetto alla detta azione: 1° le condizioni necessarie a potersi esercitare; 2° a quali persone compete; 3° contro chi si può intentare; 4° il giudice competente a risolverla; 5° e da ultimo il procedimento speciale.

§ 326.° Le condizioni per potersi esercitare l'azione di danno temuto sono le seguenti: 1° è necessario che vi sia un ragionevole motivo di temere un danno grave e prossimo; 2° che questo sià dipendente dalla ruina di un edificio, o dalla caduta di un albero o da un altro oggetto qualunque, come un tavolato, lo straripamento di un fiume, ec.

La prima condizione è troppo giusta perchè non deesi dare ascolto a vani timori che non offrono alcun pericolo possibile; e poichè qui trattasi di mere quistioni di fatto, esse restano abbandonate al criterio del giudice, che nelle circostanze ordinerà una perizia per aver lumi su la possibilità dei danni temuti dal crollamento dell'edificio o di altro oggetto. La seconda condizione serve a limitare i casi in cui compete l'azione di danno temuto, da quelli pei quali è esperibile un' azione diversa. L' ultima condizione serve a determinare gli oggetti dai quali dee poter dipendere il danno.

§ 327.° L'azione di danno temuto dev' esperimentarsi da colui che possiede il fondo od altro oggetto qualunque; epperò non è necessario che il reclamante sia proprietario, bastando che possegga la cosa a qualsivoglia titolo, poichè cadendo il fondo del vicino non arreca solo danno alla proprietà od alla cosa posseduta dal reclamante, ma può nuocere anche la sua persona e quelle della sua famiglia: *Vicinis plane, inquilinisque eorum et inquilinorum uxoribus cavendum esse, ait Labeo. Item his quia his morantur* (2). Senonchè ove l'azione venga promossa da un possessore precario, come da un colono od inquilino, non può oltrepassare il tempo in cui restano nel godimento della cosa; anche il creditore ipotecario può esperimentarla, essendo egli interessato alla conservazione dello stabile sul quale tiene iscritta la sua ipoteca.

§ 328.° A differenza di quello che abbiamo detto rispetto a coloro che possono iniziare il giudizio di danno temuto, diremo che il convenuto nell'azione di cui trattasi non può essere altri che la persona del proprietario della cosa dalla quale il danno dipende, poichè un

(1) L. 5 § 2. L. 13, § 5, 8. L. 11. L. 38 e 39 § 2, de dam. inf.
(2) L. 14 § 5. Dig. de dam. inf

semplice possessore precario non può essere mica obbligato a risarcire il danno che deriverebbe da una proprietà che non gli appartiene. Egli è indifferente che il convenuto abbia pieni diritti dominicali, o che sino l' enfiteuta del fondo. Se poi si trattasse di fondo dato ad altri in usufrutto, sarebbe necessario mettere in causa il proprietario e l'usufruttuario per la comune responsabilità che devono correre, quando si temesse la caduta di un edificio, poichè trattandosi qui di spese straordinarie che la legge mette a carico del proprietario, ma che non gliene fa obbligo rigoroso durante l'usufrutto, è necessario che si concertino sul da farsi per evitare ogni danno al vicino. Se poi si trattasse di un albero che minaccia di cadere, e la di cui recisione può essere fatta dal semplice possessore, l'azione può essere rivolta anche contro di lui.

§ 329.° L'azione di danno temuto, qualunque sia il valore, dee portarsi alla conoscenza del pretore del luogo ove esiste la cosa dalla quale si teme il danno, trattandosi di causa di massima urgenza, ed era regolare destinare il magistrato più vicino al luogo, acciocchè con mezzi pronti potesse dare i provvedimenti necessari per evitare il danno che si teme (art. 82 n. 3 cod. proc. civ.).

§ 330.° Il procedimento per l' azione di danno temuto è del pari eccezionale, ed il reclamante deve rivolgersi al pretore del luogo, sia con ricorso diretto allo stesso, sia con citazione alla parte interessata. Nel primo caso il pretore può giudicare, sia *inaudita parte*, sia ingiungendo all'attore di citare la parte avversa. Se poi crede di emettere qualche provvedimento in piè del ricorso prima che si citi l'avversario, è sempre necessario di notificargli tanto il provvedimento dato, quanto il ricorso fatto con citazione a comparire avanti di lui (art. 940 cod. proc. civ.).

Quando vi sia necessità di verificare lo stato delle cose, il pretore può nominare all' uopo un perito, e se lo crede indispensabile, può ordinare l'accesso sul luogo, dichiarando in ogni caso se le parti debbono esser chiamate ad assistervi. Nel caso di accesso il cancelliere ne fa processo verbale che deve contenere: 1° l'indicazione dell'anno, del mese, giorno e luogo; 2° il nome, cognome, il domicilio o la residenza delle parti; 3° la data del provvedimento che ordinò l'accesso; 4° il nome, cognome, il domicilio o la residenza del perito, e la menzione del giuramento da lui prestato, se il pretore sia stato assistito dal perito; 5° la menzione distinta delle verificazioni ed operazioni eseguite; 6° l'indicazione dei provvedimenti d'urgenza dati dal pretore sul luogo. — Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti, dal perito se vi intervenga, dal pretore e dal cancelliere (art. 939).

Se lo scopo di quest' azione è quello di mettere il reclamante al coverto di ogni danno, il pretore emetterà i provvedimenti opportuni, sia ordinando che si puntelli l'edifizio che minaccia ruina, ovvero facendo abbattere l'albero di cui si teme la caduta. Se poi il pericolo non è così imminente, può ingiungere l'obbligo al vicino di dare cauzione per i possibili danni (art. 699 cod. civ., e 940 cod. proc. civ.).

§ 4.

Del diritto all' azione di manutenzione nel possesso.

§ 331.° L'azione di manutenzione nel possesso è diretta a garentire il possessore legittimo dalle turbative che alterano il godimento pacifico della cosa posseduta.

§ 332.° Le condizioni necessarie per potersi sperimentare l'azione di manutenzione sono le seguenti: 1° un possesso legittimo; 2° che duri almeno da un anno; 3° che si tratti di cose immobili, di un diritto reale, o di una universalità di mobili; 4° che vi sia stata la turbativa, cioè una molestia che accenni alla pretesa di un diritto su la cosa posseduta; 5° che sia intentata fra l'anno dal turbato possesso.

§ 333.° Il possesso per essere legittimo, giusta le cose dette dinanzi, dev'esser continuo, non interrotto, pacifico, non equivoco, e con animo di tener la cosa come propria. La mancanza di alcuno di questi requisiti renderebbe illegittimo il possesso, e verrebbe meno la condizione necessaria per lo esperimento dell'azione possessoria di manutenzione. La legge accorda protezione al possesso legittimo, poichè esso è l'effetto più ordinario del dominio, e la presunzione più naturale della proprietà. Secondo le leggi romane per l'interdetto *retinendae possessionis* bastava che il possesso fosse stato *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*.

§ 334.° La seconda condizione per sperimentare l'azione di manutenzione è la durata di *oltre un anno*, cioè un anno completo di possesso legittimo. Questo termine nel caso di violenza comincia dal giorno in cui è cessata; esso è perentorio e si riferisce ad una prescrizione di suo genere. Epperò il possessore che ha completato l'anno del suo possesso legittimo, ha acquistato il diritto ad esser mantenuto nel possesso, e coloro i quali credono che non abbia alcun diritto a conservarlo, devono agire con l'azione petitoria e di revindica dinanzi al giudice competente per ragion di valore, dimostrando di essere proprietari della cosa di cui altri si trova ingiustamente e senz'alcun dritto in possesso.

Il termine si calcola a giorni e non ad ore, e le ore dispari del primo giorno che passa dall' incominciato possesso sino alla mezzanotte, non sono da calcolarsi, ma l'ultimo giorno deve computarsi per intiero. Se l'anno del possesso è cominciato nel dì 31 dicembre 1872 verso le prime ore del mattino, non si compie l'anno che alla mezzanotte del 31 dicembre 1873.

La durata di un anno intero può essere trascorsa per una parte dal possessore attuale, e per un'altra da quello precedente (art. 693).

§ 335.° Le cose che possono formare obbietto dell' azione possessoria sono gl' immobili, i diritti reali, e la universalità dei mobili. I beni immobili appartenenti al demanio pubblico, cioè le strade pubbli-

che, le pubbliche fontane, ec, comechè destinate a servire per uso pubblico, sono inalienabili ed imprescrittibili, e non possono essere neppure suscettive di un possesso manutenibile. Se poi cangiano di natura ed acquistano il carattere di alienabilità, possono eziandio formare l'obbietto dell' azione possessoria. Tra detti beni inalienabili non entrano quelli di casa reale o della lista civile di natura redditizi, i quali possono formar l'obbietto di un possesso manutenibile.

§ 335.° L'azione possessoria può anche essere esercitata per rispetto ai diritti reali, come le servitù, l'usufrutto, l' uso e l' abitazione. Quanto alle servitù le sole continue ed apparenti possono formare obbietto del possesso manutenibile. Se quindi una servitù di veduta sia stata aperta da oltre l' anno dev'essere rispettata pel tempo ulteriore, nè può essere ridotto *ad pristinum* l' innovato se non in seguito del giudizio petitoriale. Al contrario le servitù discontinue e le non apparenti, non danno diritto all' azione possessoriale pel solo fatto del possesso annuale, avvegnachè queste devono stabilirsi mediante un titolo, ed il possesso benchè immemorabile non basta a costituirle; e ciò perchè il possesso in dette servitù come quelle di passaggio, di attingere l'acqua, di abbeverare il gregge nel fondo altrui, non offrono i caratteri che possono renderle capaci di un possesso legittimo, trattandosi di atti equivoci di possesso, e nella maggioranza dei casi di concessioni avute per semplice tolleranza del vicino, e per rapporti di buon vicinato.

§ 336.° Sotto l'impero delle leggi napolitane del 1819 essendosi disputato e variamente deciso, se in fatto di servitù *discontinue* o di servitù *continue non apparenti*, potesse utilmente esercitarsi l' azione possessoria sul fondamento di un possesso annale, fu statuita la negativa col seguente rescritto sovrano: Dopo la pubblicazione delle nuove leggi è stata lungamente disputata e variamente decisa dalle autorità giudiziarie, non che dalla corte suprema di giustizia la quistione se fosse ovver no ammessibile l'azione possessoria per le servitù discontinue e le continue non apparenti, allorchè non erano sostenute da verun titolo. Nel fine di rimuovere ogni dubbiezza su tale quistione e fissare una volta la giureprudenza sulla medesima, S. M. degnavasi incaricare le due consulte del regno di fare esame e dar parere. Questi due consessi sono stati unanimi nel parere di non competere azione possessoria per le due cennate specie di servitù discontinue e continue non apparenti non sorrette da titolo, poichè dichiarate dall'art. 612 leg. civ. non prescrittibili col semplice possesso, comunque immemorabile. Non pertanto la Consulta di Napoli aveva opinato doversi fare eccezione pel caso in cui l'attore dimostrasse, che pel corso di un anno ed un giorno, sia in forza di titolo ancorchè colorato, sia in virtù di segni fissi ed esteriori, si fossero esercitati atti che abbiano l' aspetto di diritto dominicale. E la Consulta di Sicilia voleva escluso il caso in cui si pretendessero acquistate quelle servitù per prescrizioni prima dell'impero delle nuove leggi ed esercitatone l' uso

sotto il loro impero. Rassegnati da me cotesti pareri a S. M. di accordo col Ministro Segretario di Stato per gli affari di Sicilia nel Consiglio ordinario di stato del 7 luglio in Ischia, la M. S. su la considerazione che non potendo il possesso anche immemorabile servire di titolo all' esercizio delle servitù suddette, non poteva di esso farsi base per lo sperimento dell' azione possessoria, a tal chè le proposte delle due consulte devono essere accettate nel senso che esclude per regola lo sperimento dell' azione possessoria delle servitù discontinue e per le continue non apparenti non sostenute da titolo. Nel Real nome le comunico tale sovrana risoluzione perchè la partecipi al collegio per lo adempimento (1).

§ 337.° Comunque a rigore di diritto la turbativa della università dei mobili, non potesse dar diritto all'azione di manutenzione, poichè la differenza della quantità non può cambiare la natura delle cose, pure introdotta questa regola nella legge francese con la ordinanza del 1667, fu di poi accolta nel codice sardo, dal quale è passata nel nostro italiano.

§ 338.° L' azione possessoria per essere esercitata occorre che vi sia una turbativa o molestia che si arrechi a colui che possiede pacificamente da oltre l' anno. Per altro non ogni molestia può dare diritto all'azione di manutenzione, ma solo quella che deriva da atti, i quali tendono a limitare o togliere il possesso al possessore legittimo. In altri termini la turbativa dev'essere di *dritto* e non di *fatto*. Se alcuno danneggia il seminato, vi porta gli animali a pascolare, ruba i prodotti, si serve delle acque della fontana *invito domino*, vi sarà luogo all'azione di danno, ed anche alla penale di danno fatto senza alcun diritto e per ingiuria od all'azione di furto, ma non si ha diritto ad esperimentare in tali casi l'azione possessoria di manutenzione. Ma se si vogliono fare pascolare gli animali per voluta servitù di pascolo, o si attinge l' acqua con la pretesa di avere il diritto alla servitù sul fondo altrui, in tali casi colui che si crede disturbato, senza che abbia obbligo di prestare la servitù o il diritto che si reclama, può istituire il giudizio possessorio contro l' autore della turbativa che affaccia simili pretensioni su la cosa posseduta per un anno intero, senza prestare la servitù o il diritto che si reclama.

§ 339.° L'azione possessoria non sarebbe ammissibile per le turbative, le quali potessero venire dall'autorità municipale od amministrativa per la esecuzione di opere pubbliche da farsi o da innovazioni reclamate da altre necessità pubbliche, o per disturbi motivati da ragione di pubblica igiene; salvo l'azione pel danno che può dipendere dall'atto amministrativo o dalla decisione dell' autorità pubblica (art. 1 a 5 legge del 20 marzo 1865).

§ 340.° L'azione possessoria di manutenzione non può essere esperi-

(1) Napoli 5 agosto 1851.

mentata dal detentore o semplice possessore, poichè a costoro compete la sola azione di reintegra, ove fossero stati spogliati del possesso della cosa violentemente o clandestinamente. Lo spoglio che in tal modo avviene offre lo spettacolo poco edificante di un privato che si arroga un' autorità che non ha, violando apertamente il principio sociale per lo quale niuno può farsi giustizia con le proprie mani, e provocando una lotta che può avere disastrose conseguenze.

§ 341.° Al contrario il semplice turbamento non produce un fatto così grave come lo spoglio; ed essendo il possesso aggiudicato ad una delle parti a titolo di proprietà fino allo sperimento dell' azione petitoria, occorre che si eserciti almeno da colui che la legge ritiene qual proprietario presunto; quindi non sarebbe lecito istituire simile azione da un possessore precario, come un affittatore, un inquilino; ma è necessario che il giudizio s'istituisca dal possessore *animo domini*, cioè colui che tiene la cosa con animo di farla propria.

È stata sempre grave disputa se l'azione possessoria possa esercitarsi da un condomino che solo ha posseduto oltre l'anno, contro l'altro condomino che non è in possesso della sua quota, o da un coerede contro gli altri coeredi che non sono in possesso, e che viene molestato dagli altri. La giureprudenza di queste provincie napolitane ha sempre fermato il principio di farsi luogo ad un giudizio di turbativa di possesso tra condomini dello stesso stabile; giacchè la protezione dalla legge accordata al possesso è applicabile tanto al dominio, quanto al condominio, così al tutto, come alla parte, ed in conseguenza il divieto di non turbare l' altrui possesso è diretto contro l'estraneo possessore e contro lo stesso condomino o coerede (1). Quanto a noi pare che la quistione siesi spostata dai suoi termini, poichè non si tratti qui di difesa della proprietà, ma del possesso *animo domini*; epperò la vera disputa si riduce ad indagare se il condomino o coerede che materialmente detiene i beni possegga a questo titolo. D'altronde se il possesso di dritto è dato dalla stessa legge al coerede, tutti hanno diritto al possesso. Epperò quelli che non sono in possesso possono sempre con atto legale farsi riconoscere dai reddenti, e chiedere la loro quota di frutti anche pria del giudizio di divisione. Se poi questo giudizio si è iniziato, sarà salvo ai medesimi di chiedere la nomina dell'amministratore con la facoltà di distribuire i frutti della cosa ai singoli coeredi.

§ 342.° Il termine nel quale devesi esercitare l'azione è quello di un anno dalla turbativa. Elasso un tal termine può esperimentarsi la sola azione petitoria e di revindica, poichè la possessoria non può avere più luogo per effetto di una prescrizione di suo genere limitata al tempo suddetto.

§ 343.° Il giudice competente a conoscere dell'azione di manutenzione è il pretore del luogo dove esiste la cosa che formò obbietto della

(1) Decisioni della già Corte Suprema di giustizia di Napoli del 21 dicembre 1830, 11 dicembre 1845, e 14 novembre 1850.

turbativa (art. 82, n. 2. cod. proc. civ.). Senonchè dopo iniziato il giudizio petitorio ogni reclamo relativo al possesso per fatti posteriori è deferito all'autorità giudiziaria dinanzi la quale pende la causa (art. 444 cod. proc. civ.).

§ 344.° Chi ha istituito il giudizio petitorio, avendo riconosciuto il diritto a possedere da parte dell'avversario, non può promuovere il giudizio possessorio (art. 443 cod. proc. civ.). In tal caso per aver il possesso deve attendere l'esito del giudizio petitoriale e la condanna del convenuto al rilascio del fondo di cui è in possesso senza alcun diritto. Al contrario chi ha istituito il giudizio possessorio può sempre abbandonarlo ed iniziare il giudizio petitorio, essendo in balia dell'attore far rimanere il possesso presso il convenuto durante le more del giudizio petitoriale. Senonchè iniziato il giudizio possessorio, non può il convenuto promuovere il giudizio petitorio, finchè non sia pronunziata la sentenza, e questa non sia intieramente eseguita. Quando poi l'esecuzione non possa compiersi per fatto dell'attore che sia in mora a far liquidare lo importo delle condanne ottenute, il convenuto può fargli assegnare a quest'oggetto un termine, scaduto il quale egli potrà proporre la sua domanda. L'assegnazione del termine è chiesta all'autorità giudiziaria davanti cui deve promuoversi il giudizio petitorio (art. 445 cod. proc. civ.).

§ 345.° Nel giudizio possessorio due cose soltanto debbono essere assodate: 1° se l'attore ha il possesso legittimo della cosa immobile, del diritto reale, o della universalità di mobili, della quale chiede essere tutelato nel pacifico godimento; 2° la turbativa, ossia molestia fatta dal convenuto. Ogni esame di dritto o di proprietà è affatto estraneo al giudizio possessoriale, essendo vietato dalla legge il cumulo del giudizio possessorio col petitorio, poichè questo è di competenza dell'autorità giudiziaria secondo il valore della cosa controversa, e quello è di esclusiva competenza del pretore locale.

§ 346.° A stabilire il possesso annale si dispone una prova per testimoni, e per assodare il fatto della turbativa si fa uso secondo le circostanze della perizia o della stessa prova testimoniale, secondo che si tratta di fatti permanenti da assodare o di fatti transitorii.

Se l'esame del diritto non è permesso in tale giudizio, non è però vietato di subodorare i titoli di proprietà o di affitti, per accertare se esiste ovver no da parte dell'attore il possesso legittimo base e fondamento dell'azione istituita.

§ 347.° In conseguenza del giudizio possessorio il pretore ordina la riduzione *ad pristinum* dell'innovato, ove la turbativa sia consistita nell' elevazione di fabbrica o nella formazione di opere analoghe. Se poi la turbativa è relativa a pretensioni su le acque o ad altro dritto, potrà condannarsi il convenuto a non turbare ulteriormente l'attore, sotto la comminazione di una multa, nel valore che sarà indicato nella sentenza, la quale sarà esigibile ove il convenuto contravviene all'ordine del magistrato.

§ 348.° I risultamenti giuridici del giudicato su l'azione di manutenzione si riducono ai seguenti:

1° Che non vi è interruzione di prescrizione da azione ad azione; epperò tutto il giudizio possessorio non giova ad interrompere la prescrizione pel giudizio petitoriale che potrà in seguito essere sperimentato;

2° Le prove raccolte nel giudizio possessorio non possono servire di sostrato pel giudizio petitorio, essendo esse relative al solo fatto, cioè le perizie dirette ad assodare lo stato dei luoghi, e le prove testimoniali ad accertare la natura del possesso dell'attore, la sua durata, e la turbativa da parte del convenuto; mentre nel giudizio di proprietà trattandosi di un esame di puro diritto i mezzi d'istruzione hanno uno scopo ben diverso e distinto da quello del giudizio possessorio.

3° Che il possesso continua a favore di colui che ha ottenuto il giudicato, sino alla definitiva decisione sul diritto di proprietà nel petitorio, e quindi pel diritto che ha il possessore di godere la cosa, fa suoi i frutti senza essere obbligato a restituirli, eccetto se fosse succumbente nel giudizio petitorio, poichè il possesso legittimo dell' anno può non essere accompagnato dalla buona fede, e questa è indispensabile per attribuire i frutti al possessore. Egli è vero che questo punto è molto contrastato nella scuola e nel foro, ma noi non crediamo che il solo rispetto al giudicato nel possessorio possa supplire la mancanza della buona fede che la legge richiede per attribuire i frutti al possessore.

4° Che l' obbligo di provare la proprietà è a carico di colui che succumbe nell' azione possessoria, quando vuole agire con l' azione di revindica: *Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem; quia longe commodius est ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere, quum alio possidente petere* (1). *Commodum autem possidendi in eo est, quod etiam si eius res non sit qui possidet: si modo actor non potuerit suum esse probare, remanet suo loco possessio* (2).

In materia di servitù la esposta teorica dà luogo al dubbio se il soccumbente nell'azione possessoria che istituisce l'azione petitoria negatoria della servitù, debba egli provare che l' immobile di lui sia immune dalla servitù, o non debba piuttosto provare l'esistenza della servitù il convenuto che dice di goderla.

Nel diritto romano l'obbligo della prova era a carico di colui che istituiva l'azione negatoria di servitù: *Si quaeritur quis possessoris, quis petitoris partes sustineat: sciendum est possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint eum, qui servitutem sibi debere ait* (3). In pratica si osservava la regola opposta: *Contrariam tamen sententiam, ob glossae auctoritatem fere ubique in foro triumphare iam aliis, observatum est* (4).

(1) L. 24 Dig. de rei. vindic.
(2) § 4. Dig. de interdictis.
(3) L. 8 § 3 Dig. si servit. vindic.
(4) Einnecio, Elem. iuris.

Il maggior numero degli scrittori pone l'obbligo della pruova nel caso in esame a carico del convenuto, il quale resiste all'azione negatoria dell'attore, e ciò pel noto principio che la proprietà si presume sempre libera, e coloro i quali si fanno a pretendere delle ragioni su la stessa, devono provare essi la esistenza dei pesi ai quali credono di aver diritto.

§ 5.

Degli altri diritti a favore del possessore di buona fede.

§ 349.° Oltre ai diritti enunciati dinanzi, al possessore di buona fede sono accordati i seguenti: 1° Il diritto ai frutti ed ai miglioramenti della cosa posseduta; 2° il diritto alla ritenzione della cosa migliorata sino all'effettivo pagamento delle indennità per causa dei miglioramenti; 3° il diritto a respingere l'azione di revindicazione delle cose mobili che il possessore di buona fede abbia ricevute od acquistate dai terzi.

§ 350.° La legge riconosce a favore del possessore di buona fede il diritto alla percezione dei frutti, sia per le cure spese nel possesso e conservazione della cosa, sia per evitare l'impoverimento a cui andrebbe soggetto ove dovesse restituire i frutti per tutto il tempo posseduto. Epperò egli deve i frutti dal dì della domanda giudiziale, poichè da tale epoca è messo a conoscenza dei vizi del suo possesso, e cessa quella buona fede nella quale trovavasi precedentemente (art. 703).

§ 351.° Al possessore di buona fede si accorda in oltre il diritto ai miglioramenti fatti alla cosa, e ciò sia pel dovuto riguardo verso il possessore che ha creduto di farle su la cosa propria, sia perchè non è giusto che il vero padrone si arricchisca a spese altrui, facendo propri quei miglioramenti che altri ha fatto su la cosa. Egli è però necessario: 1° che i miglioramenti sieno l'effetto di opere o costruzioni o piantagioni fatte dal possessore, e non già di circostanze fortuite, o di accessioni acquistate al fondo per opera della natura e della legge; 2° che i miglioramenti devono essere sussistenti, non potendo il vero padrone essere obbligato a corrispondere delle indennità per opere fatte che non può godere, perchè non più sussistenti.

Se poi si tratti di spese necessarie il diritto alla indennità per miglioramenti è riconosciuto anche in favore del possessore di mala fede, non essendo giusto che altri si arricchisca a spese altrui; ma quegli non gode il diritto alla ritenzione che la legge accorda al solo possessore di buona fede.

Quanto alla misura della indennità così a favore del possessore di buona fede, come in pro del possessore di mala fede, è stabilito che si abbiano il meno tra lo speso ed il migliorato (art. 705). Se si sono spese 1000 lire per elevare un fabbricato in sito poco frequentato,

il quale non ha migliorato la cosa che per sole lire 500, questa sola somma spetterà a colui che lo ha elevato.

Nel diritto romano il possessore era facultato di chiedere il valore dei miglioramenti, quando era minore della spesa erogata: *Receptu-rum sumptus quatenus res praetiosior facta est* (1). Il possessore doveva poi contentarsi del valore della semplice spesa quando il miglioramento era maggiore: *Reddit dominus impensam ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat quo praetiosior factus est, et si plus praetii accepit, solum quod impensum est* (2). Nel codice francese è stabilito che il terzo possessore non può ripetere le spese ed i miglioramenti da lui fatti, se non per la quantità concorrente del maggior valore che risulta dal miglioramento (art. 2175): la stessa regola era riconosciuta dalle nostre leggi civili del 1819 (art. 2069); e per rispetto ai casi di devoluzioni in materia di enfiteusi era stabilito che nel valutare le migliorie dovea attendersi alla somma minore tra lo speso ed il migliorato (art. 1703).

Il novello codice italiano riproducendo il concetto delle leggi romane con maggiore precisione accorda al possessore per indennità la somma minore che risulterà tra lo speso ed il migliorato (art. 705). In tal modo si sono prevedute due ipotesi: o del miglioramento che eccede la spesa, o di questa che eccede il miglioramento, ed in ambo le ipotesi il possessore non ha diritto che alla somma minore. Invece le leggi napolitane del 1819 distinguevano il caso del possessore di mala fede e quello di buona fede, e se per riguardo al primo statuivano conformemente al codice attuale, non era così per rispetto al secondo, poichè se il proprietario preferiva di ritenere le costruzioni e piantagioni doveva rimborsare il valore dei materiali e della mano d'opera per la effettiva somma spesa dal possessore, senza alcun riguardo al maggiore o minore valore che il fondo avesse potuto ricevere (art. 480). Con ciò il possessore di mala fede era posto in taluni casi in migliore posizione di quello di buona fede, quando il proprietario non credea obbligarlo a portar via le fabbriche e le piantagioni a suoi danni, spese ed interessi.

§ 352.° Altro diritto la legge accorda al possessore di buona fede, e questo si è quello di ritenere la cosa finchè non si sono pagate le migliorie. Questo diritto non può accordarsi al semplice creditore, dovendo egli restituire le cose del suo debitore ed agire per la riscossione del suo credito. Nondimeno se per causa del credito avesse migliorata la cosa, o vi avesse fatto delle speso che l'hanno resa produttiva, in tal caso il diritto alla ritenzione, se non compete per la ragione del credito, spetta indubbiamente per le migliorie fatte alla cosa che in buona fede si possedeva.

Le condizioni per accordarsi il diritto alla ritenzione della cosa sono: 1° il possesso di buona fede; 2° che il credito abbia per causa dei

(1) L. 8 § 3. Dig. si servit. vindic

(2) Einnecio, Drit. rom.

miglioramenti fatti alla cosa. La prima condizione è motivata dal giusto favore che la legge accorda al possessore di buona fede, e dal bisogno di fornirgli il mezzo più adatto per essere indennizzato delle spese fatte per migliorare la cosa di cui si credeva proprietario. La seconda limitazione tende a limitare il dritto di ritenzione al solo credito che ha causa nei miglioramenti fatti alla cosa, essendo solo questo un credito a preferenza favorito, perchè il revindicante trova in quella un aumento di valore che non potrebbe far proprio se non dopo aver pagato al possessore la spesa occorsa per produrlo.

Il possessore al quale è chiesta dal revindicante la restituzione di una cosa da lui posseduta, deve nel giudizio di rivendicazione domandare e fornire una qualche prova della sussistenza delle migliorie se vuole esercitare il diritto alla ritenzione della cosa (art. 706). Una tale condizione tende ad evitare un doppio giudizio, ed a facilitare il rilascio della cosa all'attore che fu vittorioso nel giudizio di revindica. Altrimenti dopo la condanna al rilascio, il possessore di buona fede per fare valere il suo diritto relativo alle migliorie, dovrebbe iniziare un apposito giudizio con perdita di tempo e di spese. Se poi le migliorie esistevano al tempo del giudizio di revindica, e non fu innoltrata la relativa domanda, il possessore avrà bene il diritto di ripeterle fra trent'anni dal rilascio del fondo, ma perderà ogni diritto alla ritenzione della cosa (art. 706).

§ 353.° Nel diritto romano il possessore di buona fede non poteva evitare l'azione di rivendicazione delle cose mobili, se non dopo di averle fatte proprie col mezzo della prescrizione, la quale in principio si acquistava col possesso di un anno, ed in seguito con quello di tre. Al contrario nel codice francese si fermò la massima che *riguardo ai mobili il possesso vale per titolo* (art. 2279), cioè si reputava proprietario il semplice possessore della cosa mobile, senza bisogno di alcuna prescrizione e di dimostrare i titoli del suo acquisto, poichè i mobili essendo di facile trasmissione e di minor valore ed importanza per rispetto agli stabili, si acquistano verbalmente col semplice fatto della tradizione e del possesso.

§ 354.° Il codice novello riproducendo la stessa regola con più esatta redazione, dichiara che il possesso in fatto di mobili produce a favore dei terzi di buona fede l'effetto stesso del titolo (art. 707). Epperò il terzo possessore di buona fede non dee esibire alcun titolo per esser riconosciuto proprietario della cosa mobile, essendogli all'uopo bastevole il solo fatto di essere egli nel possesso legittimo della cosa. Tale possesso è naturale presunzione di proprietà, ma può essere distrutta da prova contraria.

§ 355.° Le condizioni su le quali si basa la detta presunzione di proprietà sono le seguenti: 1° il possesso di buona fede; 2° che sia esercitato da un terzo; 3° che sia riferibile a beni mobili per loro natura, o a titoli al portatore.

La prima condizione è basata su la ragione che se la legge parifica

il possesso al titolo della proprietà, gli è questo un favore al quale possono aspirare solo coloro i quali agiscono in buona fede e con lealtà, non già quelli che hanno la coscienza di non essere proprietari della cosa, poichè ad altri la tolsero con mezzi illeciti e disonesti.

La seconda condizione si giustifica di per sè stessa, poichè per invocarsi il favore della presunzione di proprietà, il possessore non deve solamente dimostrare di essere possessore di buona fede, ma di essere terzo, cioè non obbligato in modo alcuno verso il reclamante alla restituzione della cosa reclamata. Quando è terzo di buona fede, il reclamante non può esercitare contro di lui che l'azione reale che dura due anni; mentre il reclamante se fosse possessore e non terzo potrebbe rivolgersi con l'azione personale, la quale dura trent'anni, poichè in tal caso non avrebbe ragion per ritenersi egli stesso proprietario, mentre ne aveva riconosciuto il diritto in persona di altri.

La terza condizione limita l' efficacia della presunzione, che il possesso in fatto di mobili vale per titolo, ai soli mobili per natura, o ai titoli al portatore; avvegnachè questi mobili soltanto acquistandosi verbalmente, è ammissibile solo per essi la presunzione della legge; mentre i mobili per destinazione di legge si acquistano insieme con gli stabili, e quelli incorporali, come i crediti, si trasmettono con titoli scritti, ed il primo cessionario è preferito al secondo quando la consegna del titolo gli è stata fatta. Dicasi lo stesso della rendita nominativa, poichè sul certificato è dichiarato il nome della persona del proprietario, e volendosi trasferire in altri, è del pari necessario l'*attergato* sul dorso dello stesso, cioè la cessione a favore dell'acquirente. In tal caso le firme di chi ha fatto la cessione devono essere autenticate nei modi legali, cioè da un notaio o da un agente di cambio accreditato presso il Gran Libro. La stessa regola è applicabile alla universalità dei mobili, la quale neanco si può acquistare se non mediante cessione scritta sottoposta a determinate formalità.

§ 356.° Alla regola enunciata circa la presunzione di proprietà che la legge riconosce in pro del terzo possessore, è fatta eccezione per le cose smarrite o rubate al revindicante. Questi può ripeterle senza nulla corrispondere, ed al terzo possessore gli vien riconosciuto il solo diritto di regresso per la indennità contro colui dal quale le ha ricevute. Se però il terzo possessore le abbia comprate in una fiera o in un mercato, in occasione di vendita pubblica, ovvero da un commerciante che faccia pubblico smercio di simili oggetti, è pure tenuto a restituire al reclamante le cose, mediante rimborso del prezzo che gli sono costate (art. 708 e 709). La revindicazione in questo caso non era giusta, dovendosi supporre la buona fede per la massima pubblicità con cui la vendita ha avuto luogo. Se la legge avesse conceduto in tal caso la revindicazione, si sarebbe apportato il massimo impedimento alla contrattazione, la quale deve procedere celere e spedita, specialmente nelle occasioni delle fiere e dei pubblici mercati.

Secondo la legge napoletana l'azione di revindica per le cose mobili perdute o disperse durava tre anni (art. 2185).

§ 357.° Secondo il diritto romano il possesso per elevarsi a titolo dovea essere di buona fede, eccetto il caso della prescrizione trentenaria: *Autem antiqui in rebus mobilibus, vel semoventibus, quae fuerint alienatae, vel quocumque modo (bona fidem tamen) detentae, usucapionem extendebat, non tantum in italico solo nexu, sed in omne orbe terrarum, et hanc annali tempore concludebant, et eam duximus esse corrigendam, ut si quis alienam rem mobilem seu semoventem, in quacumque terra, sive in italicd, sive provinciali bona fide per continuum triennium detenuerit: is firmo jure eam possideat, quasi per usucapionem eam acquisitam* (1).

(1) Legge unica cum auth. C de usucap. transform.

LIBRO TERZO

Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti su le cose.

Disposizioni preliminari.

§ 358.° Dopo aver noi trattato nel primo libro delle persone, e nel secondo della natura dei beni e delle loro diverse specie, cioè della proprietà e delle sue modificazioni, occorre trattare nel presente dei modi di acquistare la proprietà, cioè di tutti gli atti o fatti pei quali si conferisce la proprietà della cosa da una persona in un'altra.

§ 359.° Questi modi di acquistare la proprietà sono *originari* o *derivati*. I primi sono quelli che conferiscono la proprietà di una cosa che per lo innanzi niuno aveva acquistata. I secondi sono quelli pei quali la proprietà passa da un individuo in un altro.

I modi naturali di acquisto sono la *occupazione* mercè la caccia o la pesca, e l'*appropriazione* delle cose abbandonate (art. 711).

I modi derivati sono la *successione*, la *donazione*, i *contratti* e la *prescrizione* (art. 710).

Questi modi derivati alcuni sono a titolo universale, come la *successione ab intestato*, la *istituzione di erede*, il *legato universale*; altri sono a titolo particolare, come le *donazioni*, *i legati particolari*, *le vendite ed alienazioni di determinate cose*, *o l'acquisto per mezzo della prescrizione*.

Di tutti i modi enunciati di acquistare, la successione, la donazione ed i contratti sono mezzi di acquistare e nel contempo di trasmettere; mentre l'occupazione e la prescrizione sono semplici modi di acquisto della proprietà.

TITOLO I.

DELL' OCCUPAZIONE.

§ 360.° L'occupazione è la presa di possesso di una cosa che non appartiene ad alcuno, fatta con l'animo di farla propria.

Le condizioni per aver luogo l' occupazione sono: 1° che la cosa sia tra quelle in commercio suscettibili di essere acquistate; 2° che

la cosa non appartenga ad alcuno, sia perchè non abbia avuto mai padrone, o questi l'abbia abbandonata, o a lui siesi sottratta, o si ignori chi ne fosse il proprietario; 3° che si apprenda la cosa in uno dei modi capaci a farne acquistare il possesso; 4° che vi sia l'intenzione di acquistare la proprietà della cosa occupata.

§ 361.° Tra modi originari di acquisto sono la caccia, la pesca e l'invenzione, secondo che si tratti di cose *animate* od *inanimate*. Con la caccia o la pesca si acquistano gli animali selvaggi, i quali divengono proprietà del cacciatore o del pescatore quando li ha presi sia con le reti, sia uccidendoli con l' arme da fuoco, o ferendoli in modo da renderne sicura l'appropriazione. In tal caso non è lecito ad altri di tirar nuovamente l' augello per essersi già verificato il diritto del primo occupante. Se poi quello è in grado di riprendere il volo, è dato a chiunque di tirarlo nuovamente e farlo proprio.

Secondo i Romani era indifferente se l'occupazione seguiva sul fondo proprio o sul fondo altrui; ma in quest'ultimo caso se il proprietario del fondo non vi dava l'assenso, poteva aver luogo l'*actio iniuriarum* (1).

Secondo il novello diritto italiano non è lecito di introdursi nel fondo altrui per l' esercizio della caccia contro il divieto del possessore (art. 712). Questo divieto non ha luogo quando si tratti di sciami di api, essendo concesso al proprietario dei medesimi d' inseguirli nel fondo altrui, con l'obbligo però di risarcire il danno cagionato al proprietario del fondo. Ma se egli non li insegua per due giorni o cessi durante due giorni d'inseguirli, il possessore del fondo in cui si sono posati può prenderli e ritenerli. Lo stesso dritto spetta al proprietario di animali mansuefatti; salva la disposizione dell' art. 462; ma essi appartengono a chi li avrà presi e ritenuti, se non sono reclamati fra venti giorni (art. 713).

Al contrario gli animali domestici non possono essere acquistati col mezzo della caccia, come le oche, le galline ec., comunque si sono sottratti agli sguardi del proprietario e sieno andati altrove; come pure non possono essere occupati, poichè non sono *res nullius* gli animali selvatici racchiusi, come i conigli nelle conigliere, i pesci nelle peschiere, la selvaggina nei parchi chiusi, ec.

Nel rimanente la caccia e la pesca viene sottoposta a leggi particolari. Queste leggi sono per le antiche provincie e l'isola di Sardegna il regolamento approvato con regia patente del 1° dicembre 1833, e nella Sardegna la regia patente del 14 settembre 1844 e il decreto del 4 novembre 1851. Nella Lombardia i decreti del 18 maggio e 15 luglio 1808, e quelli del 27 maggio e 5 giugno 1811. Nelle provincie romane l'Editto della Segreteria di Stato del 27 novembre 1805, le prescrizioni circolari del Ministero dell' Interno del 31 dicembre 1855, e della Congregazione di Sanità del 6 agosto 1859. In queste provincie napolitane è tuttavia in vigore la legge del 18 ottobre 1819

(1) Fr. 16 D. VIII. 3 de serv. praed. rust. e 13 § ult. D. XLVII, 10 de iniuriis.

sull'amministrazione delle acque e foreste, la legge forestale del 21 agosto 1826 circa le riserve di caccia e di pesca, la quale fu estesa alle provincie siciliane col decreto del 26 marzo 1827.

Queste leggi determinano i luoghi, il tempo, e modo di potere usare della facoltà di andare a caccia, e le condizioni che bisogna osservare. Ove poi non esistessero regolamenti speciali per i boschi è d'uopo tener presenti i regolamenti di polizia rurale fatti dal comune, giusta l'art. 87 della legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865.

§ 362.° Se le cose animate si acquistano con la caccia, le cose inanimate si acquistano con la invenzione, purchè non abbiano avuto mai padrone, o furono abbandonate dal padrone con l'animo di non volerle più riprendere. Al contrario non si acquistano con la invenzione le cose smarrite o disperse dal proprietario, poichè egli conserva l'animo di riaverle. Epperò lo inventore è obbligato di restituirle al precedente possessore, e se se le appropria incorre nella pena del carcere estendibile a tre mesi e nella multa eguale al valore della cosa trovata, se questa supera lire trenta; laddove si tratti di valore inferiore alle lire trenta, e maggiore di lire due, il colpevole è punito con multa eguale al doppio del valore della cosa trovata. Cesserà ogni atto di procedimento quando risulterà che l'inventore ha restituito al padrone nella sua integrità la cosa trovata o l'ha soddisfatto intieramente del danno reale sofferto (art. 634 cod. pen.). Se il ritrovatore non conosce il padrone deve consegnarla al sindaco del luogo dove l'ha trovata. Il sindaco rende nota la consegna per mezzo di pubblicazioni nelle forme consuete da rinnovarsi in due domeniche consecutive, acciò il proprietario possa essere avvertito del ritrovamento della sua cosa (art. 716). Passati due anni dal giorno della seconda pubblicazione, senza che si presenti il proprietario, la cosa oppure il suo prezzo, ove le circostanze ne abbiano richiesta la vendita, appartiene a chi l'ha ritrovata, considerandosi in tal caso senza padrone.

Se poi si presenta il proprietario pér ripigliare la sua cosa deve pagare a titolo di premio al ritrovatore, se questi lo richiede, il decimo della somma o del prezzo comune della somma ritrovata. Ove tale somma o prezzo ecceda le duemila lire, il premio pel soprappiù sarà solamente del vigesimo (art. 718).

Tanto il proprietario quanto il ritrovatore, ripigliando la cosa o il prezzo, devono pagare le spese per essa occorse (art. 717).

Non possono poi acquistarsi col mezzo della invenzione le cose gittate in mare per alleggerire la nave in pericolo, nè le cose appartenenti ai naufraghi, poichè queste non possono considerarsi senza padrone. Epperò leggi particolari regolano i diritti che possono esercitarsi su le medesime (art. 719).

§ 363.° Tra le cose che possono acquistarsi con la invenzione è annoverato il tesoro. Dicesi tesoro ogni oggetto mobile di pregio che trovasi nascosto o sotterrato, e del quale niuno può provare di essere il padrone (art. 714). Egli è indifferente il carattere dell'oggetto rin-

venuto, purchè sia cosa mobile di pregio, come il danaro, le monete, le gemme, i vasi antichi, i sarcofaghi, le statue, e tutto ciò che non sia incorporato al suolo; altrimenti si avrà una pertinenza che resta al proprietario della cosa principale; ed è pure indifferente il luogo dove la cosa sia rinvenuta, cioè nelle viscere della terra, in un albero, sotto un pavimento. Egli è inutile di aggiungere che l'oggetto dee essere nascosto e non visibile, altrimenti mancherebbe la precipua condizione del ritrovamento che attribuisce all' inventore la metà della cosa ritrovata.

Quanto alla spettanza del tesoro, nel diritto romano era stabilito che se veniva ritrovato nel fondo proprio, ovvero in un luogo sacro o religioso, apparteneva per intero al ritrovatore, purchè non lo avesse scoverto mercè arte magica o superstiziosa. Se poi veniva ritrovato per accidente nel fondo altrui tanto privato che pubblico apparteneva per una metà al ritrovatore, e per un'altra al proprietario del fondo per diritto di accessione; ma se fosse cercato appositamente e trovato, in tal caso apparteneva per intero al proprietario del fondo in pena di avere acceduto nella proprietà altrui senza alcun diritto (1).

Secondo il nuovo diritto, se il tesoro è trovato dal proprietario della cosa in cui era nascosto o sottratto, gli appartiene per intero, senza distinguere se lo abbia scoverto per caso o per apposita ricerca fatta. Se poi è trovato da un terzo nella cosa altrui, appartiene per metà al proprietario di questa, e per metà al ritrovatore se sia stato scoperto per puro accidente; altrimenti cederà tutto a favore del proprietario (art. 714), Se il tesoro sia stato ritrovato in un fondo enfiteutico, appartiene all' enfiteuta sia che si tratti di enfiteusi perpetua sia temporanea (art. 1561). Se è trovato in un fondo soggetto ad usufrutto, spetta la metà al proprietario, e l'altra metà al ritrovatore, sia esso lo stesso usufruttuario, sia un terzo (art. 494).

Dicesi ritrovatore il primo che scopre il tesoro, e non è necessario che apprenda la cosa che ne forma l'oggetto. Ma se furono più individui quelli che scovrirono il tesoro o lavoravano allo stesso punto crediamo che debbano dividere la metà in parti uguali, non essendo conforme all' equità che un solo prenda tutto e gli altri nulla. Se poi i lavoratori furono chiamati all' oggetto di fare degli scavi per la ricerca di oggetti preziosi, oltre la mercede loro dovuta, non possono vantare alcun diritto su le cose rinvenute (2).

Al modo stesso del diritto romano i lavori e gli scavi debbono esser fatti allo scopo della costruzione o scavamento, e non a quello di scovrire il tesoro introducendosi nell' altrui fondo; altrimenti lo scoprimento non sarebbe effetto del caso, e non potrebbe premiarsi colui che si è introdotto senza alcun diritto nel fondo altrui.

Se il ritrovatore abbia tentato di nascondere al proprietario il tesoro rinvenuto per defraudarlo della metà che gli spetta, non decade

(1) Fr. 31 § 1 Dig. XLI, 1 § 39, ist. 11, l. c. un. Cod. X 15 de thesauris.
(2) Demolombe, XIII, 55. Mourlon, 11, 12

dal diritto di avere la sua metà, ma può essere costretto con l'azione di furto, poichè tutti gli elementi di questo reato non mancano in tal caso, quali sono la fraudolenta contrattazione di parte della cosa mobile altrui, fatta *insciente domino*, e per fine di lucro (1).

TITOLO II.

DELLE SUCCESSIONI.

§ 364.° La voce *successione* deriva da *succedere*, venire dopo di un altro, e nel senso giuridico importa la sostituzione di un novello soggetto a quello che non più rappresenta le sue cose per essere estinto: *Successio generatim accepta significat quamvis in locum alterius concessionem* (2). La successione comprende tutti i modi dai quali deriva l'acquisto della proprietà; ma accettata in un senso più speciale esprime la trasmissione dell'universalità dei diritti di una persona morta ad una o più che le sopravvivono e la rappresentano.

Su la disputa se il diritto di successione emani dal gius naturale o dal civile, noi opiniamo che il diritto di succedere *ab intestato* ai più stretti congiunti emani dalla natura, poichè tra essi dee riconoscersi quella specie di condominio che è esistita durante la vita, specialmente tra ascendenti e discendenti; ed è secondo le più ovvie regole della ragione umana che i beni che il padre acquista appunto per trasmetterli ai proprii figli e discendenti non vadano in mani diverse. Anche il giureconsulto Paolo avea detto: *Cum naturalis ratio, quasi lex quaedam tacita liberis parentum haereditatem addiceret, veluti ad debitam successionem eos vocando* (3). Nè diversamente aveva opinato Papiniano: *Non sic parentibus liberorum, ut liberis parentum debetur haereditas. Parentis ad bona liberorum ratio miserationis admitti: liberos naturae simul, et parentem comune natum* (4). Anche Toullier e Treillard tra'moderni credono legittimata tra'figli la proprietà de' genitori, come quelli che continuano il possesso dei beni del loro autore, avendo la natura stabilito tra essi una comunione di beni, e la successione dei figli non è per così dire che un godimento continuato.

§ 365.° Il diritto di una persona superstite di succedere nella eredità di un defunto, dicesi diritto di successione. L'eredità suppone necessariamente la morte di alcuno, poichè *viventis hereditas non datur*.

La successione è *legittima* o *testamentaria*. La prima è regolata dalla stessa legge sul fondamento del presunto affetto da parte del defunto e dei suoi doveri con le persone superstiti. La seconda è abbandonata

(1) Vedi in questo senso Demolombe XIII, 49, Aubry e Rau, II, pag. 242.
(2) Calvini Lexis.
(3) L. 7. Dig. de bon. damn.
(4) L. 7 Dig. si tab. testam.

all' arbitrio del testatore, con le restrizioni che la stessa legge determina. Non essendo concesso altro modo di deferire l'eredità, non può questa aver luogo per effetto di convenzione.

Alla successione legittima non si fa luogo se non quando manchi la testamentaria. Epperò ciò avrebbe motivato un diverso ordinamento nelle regole della legge, ma prevalse la ragione che la legittima è una necessità sociale, mentre la testamentaria non sempre ha luogo; sicchè l'una costituisce la regola e l'altra una semplice eccezione.

La successione testamentaria è a titolo *universale* o *particolare*. La prima dà luogo alla *istituzione di erede*, ed il successore rappresenta in tutto od in parte la persona del defunto; la seconda dà luogo al semplice *legato*. Ma se il legato è *universale* attribuisce la qualità di erede, e produce gli stessi effetti della istituzione di erede.

CAPO I.

Delle successioni legittime.

§ 366.° Nell' antico diritto romano nel regolarsi la successione intestata, la legge era informata dal principio di famiglia, per lo quale i beni dovevano essere attribuiti soltanto agli aguati, cioè quelli che avevano il vincolo civile, e nulla poteano pretendere quei figliuoli che erano usciti dalla famiglia, come gli emancipati e gli adottivi. In seguito il pretore dava loro il possesso dei beni, facendo prevalere il concetto di equità a quello rigoroso della legge, la quale si permetteva quel magistrato di correggere e mitigare, anche contro il tenore delle sue manifeste prescrizioni. E fu il concetto di equità del magistrato pretorio il quale preparò la legge di Giustiniano fondata sul principio del presunto affetto e del presunto dovere da parte del defunto giusta la novella 118, per la quale tutti i figli succedevano al padre senza distinzione alcuna di età, di sesso, o di dipendenza alla patria potestà o se dati in adozione.

§ 367.° In forza del principio della conservazione dei beni nella famiglia ne derivava: 1° La massima che il più prossimo di grado escludeva il più remoto; cosicchè se concorressero all' eredità il fratello del defunto, ed il figlio dell' altro fratello, o il patruo, il primo escludeva tutti gli altri per ragione della prossimità. Allorchè succedevano agnati maschi e femmine, i primi succedevano *etiam si longissimo gradu*, laddove le femmine non lo erano, se non quando fossero sorelle. Questa disposizione però sembra doversi riferire ad una giurisprudenza posteriore, cioè alla legge Voconia, ed a disposizioni posteriori alla legge decemvirale.

2° Che i figli non potevano succedere alla madre, nè questa a quelli, poichè si sarebbero fatti passare i beni da una in un' altra famiglia. In seguito fu pubblicato il senatoconsulto Tertulliano col quale si sta-

bili che la madre potesse succedere ai figli, e mercè l'altro senatoconsulto Orfiziano si abilitarono i figli a prendere parte alla successione della madre.

3° Che in mancanza di questi due ordini di parenti si chiamavano i gentili per *virilis sexus personas iuncti*, al dire di Caio, i quali, siccome abbiam detto, differivano dagli agnati, poichè costoro erano *eiusdem cognominis et familiae*, laddove i gentili *erant eiusdem nominis et gentis*. Così a Caio Giulio Cesare erano agnati tutti i Cesari, e gentili tutti i Giulii.

4° Che nella mancanza degli eredi suoi, degli agnati e de'gentili, dalla legge decemvirale si ammettevano all'eredità i cognati fino al sesto grado inclusivo, mentrechè gli agnati erano ammessi fino all'infinito.

§ 368.° La legge politica di Roma mirando alla conservazione dei beni nella famiglia dovea per necessità preferire i gentili ai cognati, benchè in grado più prossimo, poichè i cognati essendo congiunti per lato femminile, la femina secondo il linguaggio de' prischi giureconsulti era termine della famiglia, *finis familiae*.

§ 369.° I pretori scelti dalla classe dei patrizii, volendo piegare alla equità leggi abbastanza contrarie ai principii di natura, si permettevano d'innovare, correggere e supplire alle stesse, concedendo il possesso dei beni a coloro che non potevano raccogliere la eredità co' loro particolari editti, come quelli *unde vir*, *unde uxor*, *unde liberi*, ec.

§ 370.° L'imperatore Giustiniano basando le sue leggi sul concetto equitativo dei pretori, rovesciò l'edificio successorio antico, e vi sostituì quello contenuto nella nov. 118, la quale non considerò che i rapporti di parentela tra il defunto e colui che dovea succedergli, cioè a dire la presunta affezione del medesimo con la natura del dovere d'intimità. Non riguardò nè la specie, nè la origine de' beni, non accordò preferenza nè al sesso, nè alla primogenitura, e nemmeno riservar volle de' beni all'una od altra linea per dividerli tra esse; ma tutto ciò che formava il patrimonio del defunto, sia che questi beni pervenuti gli fossero per paterna successione, o per successione dal lato di madre, formavano una sola massa, alla quale il successibile era chiamato. Proscrisse l'assurda differenza tra gli eredi suoi ed emancipati, tra cognati ed agnati, e sanzionò i seguenti cinque ordini di successioni: 1° quello dei discendenti; 2° quello degli ascendenti; 3° quello de' collaterali; 4° quello del coniuge; 5° quello del fisco.

I figli di adozione ritenuti nella famiglia del padre naturale succedevano anche a costui, e partecipavano degli stessi diritti dei figliuoli legittimi.

Gl'illegittimi succedevano soltanto alla madre indistintamente co' legittimi. Riguardo al padre se erano puramente naturali ed erano soli, gli succedevano in due once dell'eredità da dividersi con la madre.

Gl' incestuosi ed adulterini nulla dal padre ricevevano, e non avevano diritto neanche agli alimenti.

§ 371.° In queste provincie meridionali la successione intestata era regolata in parte dal dritto romano, ed in parte dal diritto municipale, nel quale eransi introdotte anche alcune consuetudini, e questo sistema perdurò fino all' anno 1809.

La celebre costituzione di Federico II, contro ciò che trovasi disposto nella Novella 118 di Giustiniano, sanzionò che in quelle successioni ove fossero maschi e femmine, i primi soltanto fossero ammessi a succedere, escluse le donne, le quali altro diritto non avevano, che di chiedere la dote di *paragio* da' suoi fratelli eredi. Qualora poi non esistessero maschi raccoglievano la paterna successione, e tra di loro la dividevano. Lo spirito di questa costituzione, detta *in aliquibus* dall'iniziativa delle sue parole, fu la conservazione dei beni nelle famiglie, che in tal modo non ne escono, impedendo alle donne di essere eredi, avvegnachè esse col matrimonio vanno in famiglie estranee. Alla sola dote secondo la qualità e quantità de' beni avevano diritto, che perciò doveasi livellare *de bono et aequo*, ed in caso di litigio livellavasi dal magistrato. Quindi la nota massima *masculis extantibus foeminae non succedunt*. Senonchè ciò avea luogo per la sola successione paterna, mentre dalla materna non ne erano escluse.

L' origine della voce *paragio* è incerta , e pare voglia soltanto dinotare la quota legittima spettante alla donna nella successione. Essendosi poi elevato il dubbio se la donna andando a marito dovea tal paragio pretendere, ovvero lo potesse anche senza maritarsi, la giureprudenza accolse il principio che il paragio stesse in luogo di legittima, e quindi la donna sia che si maritasse, sia che vestisse l'abito religioso aveva dritto a pretenderlo; e perchè tale, si doveva considerare come un diritto di condominio, non già di credito, e quindi esente dall' obbligo della iscrizione ipotecaria (1).

§ 372.° Dalle leggi longobardiche rilevasi che la condizione delle donne prima di Federico era ancor peggiore, posciachè Rotari le avea escluse da ogni successione paterna e materna nel concorso dei maschi, senza neppure accordar loro la dote. Soltanto concorrevano all'eredità de' genitori co' cognati e co' figli naturali, ed aveano diritto alla quarta parte dell' eredità.

Liutprando però accordò alle medesime il diritto di successione nella mancanza de' maschi, e concorrendo con costoro le ammise alla dote, cosicchè non fu un' idea nuova quella di Federico, il quale con la predotta costituzione abrogò ogni precedente legislazione.

Il paragio adunque secondo lo spirito di esso e della pratica comune, era una dote conveniente alla condizione personale della donna, che definivasi dal magistrato *pro modo facultatum et filiorum superstitum numero*. Ma le consuetudini napolitane apportarono nel seguito

(1) Arresto della già Corte Suprema di Giustizia di Napoli del 25 agosto 1849.

delle modificazioni a questo diritto, e stabilirono che le donne fossero escluse dalla eredità materna, e che ove i fratelli od i rappresentanti di essi non avessero dotate le sorelle o le zie prima del loro decimosesto anno compiuto, esse avrebbero avuto il diritto alla dimanda di mascolinità ed a succedere con quelli. Il sacro regio consiglio ed i nostri antichi dottori decisero su questo punto, che la donna prima di mascoliniare dovesse costituire in mora coloro che erano tenuti a somministrarle il paragio, ed indi chiedere la porzione virile.

Circa la successione degli ascendenti si accolse il principio della divisione dei beni in paterni e materni, ed è conosciuto presso noi un tale metodo sotto il nome di *caso* della *Curia Capuano* e *Nilo*.

La successione collaterale disperdeva i beni nelle linee degli agnati e cognati, quale difetto si scorge in tutte le legislazioni che mirano alla provvenienza dei beni, a determinar la quale si era costretti di ricorrere al più antico autore, le cui indagini difficilissime, originavano una moltiplicità di liti. I germani succedevane in parti uguali. I consanguinei od uterini ciascuno nei beni alla sua linea appartenenti. Se poi nella successione in concorrenza coi parenti del defunto veniano fratelli unilaterali, questi ne rimanevano esclusi, perchè non al medesimo uniti col doppio vincolo; ma contro il disposto della novella 118 costoro succedevano in concorrenza coi germani, cioè in tutti i beni componenti la eredità, ed i fratelli unilaterali in quei beni che erano nella propria linea. I germani concorrevano con gli ascendenti conformemente al diritto romano.

Le nostre antiche consuetudini riguardo alla successione intestata stabilivano altre due differenze dalla costituzione *in aliquibus* e dalla novella 118, e queste erano le seguenti: 1° che nella successione del fratello e della sorella, allorchè un fratello era vivente, la sorella non era ammessa a questa successione. Essa aveva soltanto diritto su la successione del medesimo a pretendere il paragio, laddove il defunto non l'avesse costituito a lei su' beni paterni e materni. In tal caso ella non poteva avere due paragi, eccetto il caso che si fosse aperta prima la successione collaterale, e si trovasse di non averlo ottenuto su la successione dei genitori: epperò dopo aver chiesto il primo paragio, chiedeva dopo l' altro su' beni dei genitori posteriormente defunti, poichè l'ultimo stando in luogo di legittima poteva in ogni tempo domandarsi; 2° che il diritto di rappresentazione, a differenza di quello che stabiliva il diritto romano, essendo limitato nella linea collaterale, produceva moltissima confusione, e il sacro regio consiglio la limitò al quarto grado.

Nelle successioni del coniuge e del fisco le nostre consuetudini non alterarono il diritto romano; ma Federico con la costituzione *foriudicatorum* stabilì che se il forgiudicato avesse figli o parenti fino al terzo grado, il fisco dovesse succedere *pro virili parte* diunita ai discendenti ed ascendenti. Mancando costoro l' eredità spettava sempre al

fisco sia che vi fossero o no eredi, ed esso se ne impadroniva dopo un anno dalla sentenza di proscrizione.

Pubblicatosi il codice francese presso noi nel 1809 si proscrisse la regola *paterna paternis*, e si adottò qual mezzo termine tra il diritto romano ed il consuetudinario la disposizione che accordava la metà della successione ai parenti della linea paterna, e l' altra metà a quelli della materna. Si rigettò il principio della rappresentazione in infinito nella linea collaterale, e fu limitata ai figli e discendenti di fratelli o sorelle del defunto. Si stabilì che nel caso di premorienza di una persona, la quale non aveva lasciato nè padre, nè madre, nè discendenti, i suoi fratelli, sorelle e loro discendenti, fossero chiamati alla successione *ad esclusione* degli ascendenti, poichè secondo il diritto romano ove il padre e la madre fossero premorti ai loro figli, l'eredità di questi ultimi era devoluta agli altri ascendenti, cioè all' avo, all'ava, al proavo, ec; e se essi avessero lasciati al tempo stesso anche fratelli germani o loro discendenti, costoro concorrevano per capi insieme con gli ascendenti, ed i discendenti medesimi concorrevano per istirpi, tranne il caso che concorressero coi loro zii.

La legge successoria pubblicata in queste nostre provincie nel 26 gennaio 1816, riformò provvisoriamente l' ordine successione stabilito dalle leggi francesi, le quali sebbene si fossero proposte di attuare il principio del presunto affetto e del presunto dovere da parte del defunto, pure se ne dipartirono di gran lunga, specialmente per avere ordinata la divisione dell' asse ereditario per linee, poichè con tal sistema un parente di grado molto lontano, affatto ignoto al defunto, e pel quale niuno affetto era da presumersi, veniva a dividere la eredità con un parente di quarto o terzo grado, ed anche col padre o con la madre del defunto.

Le principali cose stabilite dalla legge del 1816 furono le seguenti:

1° Nella linea retta discendentale si ammisero tutti i figli senza distinzione di età, ed ancorchè nati da diversi matrimoni; ma i maschi precapivano la metà dell' asse, e l'altra si divideva tra essi e le femmine a parti uguali. I discendenti dei figli premorti erano chiamati alla successione per diritto di rappresentazione in qualunque grado si trovassero, e concorrevano coi figli superstiti del defunto.

2° La precapienza accordata ai maschi di primo grado si estendeva anche a quelli di grado ulteriore in concorso con le donne; quindi i discendenti delle femmine in concorso coi discendenti maschi prendevano sempre la porzione che spettava a colui dal quale discendeano, e tra discendenti di una stessa persona, le femmine sempre nel concorso dei maschi non poteano conseguire che la sola rata su la metà, perchè l'altra metà era attribuita ai soli maschi.

3° Nell' ordine ascendentale fu stabilito: 1° che in mancanza di figli, fratelli, sorelle o germane del defunto, succedessero il padre e la madre, o il loro superstite, ma in mancanza di genitori, l'eredità si devolveva all' ascendente più prossimo sia nella linea paterna, sia nella

materna; 2° che gli ascendenti in egual grado prossimi si dovessero dividere l'eredità in parti eguali se si trovassero nella stessa linea; se in linee diverse una metà si dovea conseguire dall'ascendente o ascendenti paterni, e l'altra metà dai materni; 3° che il padre e la madre, o il superstite, ed in mancanza di entrambi l'ascendente più prossimo concorresse co' fratelli e sorelle germane del defunto, e coi figli de' fratelli e sorelle germane premorti, cioè i genitori, gli ascendenti, i fratelli e le sorelle in capi, i figli de' fratelli e sorelle in stirpi; 4° che gli ascendenti escludessero i fratelli e sorelle unilaterali del defunto ed i loro figli.

4° Nella linea collaterale si stabilì: 1° che al defunto senza prole e senza ascendenti succedessero i suoi fratelli e sorelle germane in capi ed i costoro figli in istirpi; che i fratelli e sorelle unilaterali, ed i di costoro figli succedessero in mancanza di germani maschi e femmine, e de' loro figli. Per gli unilaterali avea luogo la regola, che concorrendo i fratelli o sorelle co' figli de' fratelli e sorelle premorte, i primi succedeano in capi, ed i secondi in stirpi; 2° che oltre a' figli de' fratelli, la circostanza del doppio vincolo non concedesse alcun dritto; 3° finalmente che in mancanza di figli e discendenti di ascendenti, di fratelli e sorelle e de' loro figli, la successione apparteneva agli zii ed alle zie, e quindi al collaterale il più prossimo in qualunque linea; 4° che la successione collaterale non si poteva distendere al di là del dodicesimo grado; 5° che i soli figli dei fratelli e sorelle del defunto godessero del beneficio della rappresentazione, ancorchè non esistesse alcun fratello o sorella coi quali venisse a concorrere.

§ 373.° Le leggi civili napolitane del 1819 abrogando i privilegi che la casta privilegiata aveva introdotti nella legge del 1816, e riformando le prescrizioni delle leggi francesi nelle parti più accettabili, si accostarono vieppiù alla saggezza delle leggi di Giustiniano, e furono molto più felici nell'applicare il principio che fonda la successione sul presunto amore e dovere da parte del defunto.

§ 374.° Il novello diritto italiano vedesi informato dagli stessi principi delle leggi di Giustiniano, e devolve la successione ai discendenti legittimi, agli ascendenti, ai collaterali, ai figli naturali ed al coniuge, nell'ordine e secondo le regole in appresso stabilite, ed in loro mancanza al patrimonio dello Stato (art. 721).

§ 375.° La legge nel regolare la successione considera la prossimità della parentela, e non la prerogativa della linea, nè la origine dei beni, se non nei casi e nei modi dalla legge stessa espressamente stabiliti (art. 722). Il legislatore dichiarando che nel regolare la successione non prende in considerazione nè la prerogativa della linea, nè la origine dei beni, rigetta il principio *paterna paternis*, *materna maternis* del diritto consuetudinario passato nel diritto italiano antico con le invasioni germaniche. Con siffatto principio si mirava a conservare i beni nelle famiglie, facendoli ritornare in quelle donde erano pervenuti, e si dava luogo a tante successioni, per quante erano le

provvenienze originarie dei beni. La legge non tenendo conto della origine e natura dei beni nel regolare la successione, respinge l' altro principio dell'antico diritto consuetudinario, detto della *distinzione dei beni*, pel quale i beni si distinguevano in *proprii* ed *acquistati*, e per la loro natura in *mobili* ed *immobili*, e si dava luogo a tante successioni, quante erano le specie dei beni da dividersi.

SEZIONE I.

DELLA CAPACITÀ DI SUCCEDERE.

§ 376.° Per aspirare ad una eredità non basta di essere parente più prossimo del defunto, ma si richiede inoltre che non vi sieno ostacoli per parte della legge o cause dipendenti da alcuni fatti colpevoli, che rendono l'erede indegno di succedere. Siffatti ostacoli sono la *incapacità* e la *indegnità*.

§ 377.° Secondo il principio generale che la capacità è la regola e la incapacità la eccezione, tutti sono capaci di succedere, eccetto quelli che la legge espressamente dichiara incapaci (art. 723). Epperò sono incapaci di succedere coloro i quali al tempo dell'apertura della successione non sieno ancora concepiti (art. 724 n. 1). Se l'erede dee rappresentare il defunto e continuarne la sua persona giuridica, è necessario che esista al momento dell' apertura della successione. Nondimeno la legge si contenta del fatto del solo concepimento, poichè l'uomo in realtà esiste fin da tale epoca, e sebbene vive una vita *intra uterina*, pure è meritevole di considerazione all'occhio della legge, applicandosi qui la regola del diritto antico: *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur*.

Se il defunto abbia lasciato un fratello, e dopo la sua morte ne sieno nati altri, solo il primo succederà nella sua eredità e non gli altri che non erano ancora nati.

§ 378.° Per sapersi se il fanciullo è o no concepito all'epoca della successione, bisogna applicare la regola su la presunzione di paternità ed attendere l' epoca del suo nascimento nei periodi fissati dalla legge per la nascita dei figli legittimi. Epperò fermato il principio che il periodo più lungo della gestazione è di 300 giorni, ne segue che il fanciullo nato prima di questo tempo dopo l'apertura della successione dee reputarsi capace di succedere, ed incapace se sia nato al di là di un tal tempo. Se quindi sieno trascorsi 301 giorni dalla morte del padre alla nascita del figlio, non può costui essere attribuito al defunto marito, e dev'essere escluso dalla sua successione. Egli è però utile di qui avvertire che il giorno della morte del padre dee calcolarsi nel termine dei trecento giorni, poichè l'art. 169 stabilisce che la legittimità del figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento del matrimonio potrà essere impugnato, donde risulta che il periodo dei trecento

giorni deve incominciare dal dì posteriore a quello dello scioglimento del matrimonio.

§ 379.° Senonchè non basta il solo fatto del concepimento, ma è d'uopo che il fanciullo nasca vivo e vitale per poter succedere (art. 724, n. 2). Quelli che nascono morti, o che nati vivi non sono vitali, non possono divenire subbietti di diritti, e capaci di succedere, dovendo considerarsi come non nati nè concepiti per ogni effetto di legge: *Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt* (1).

§ 380.° La prova che il fanciullo sia nato vivo può risultare in primo luogo dall'atto di nascita, e coloro che sono interessati a sostenere il contrario debbono impugnare l'atto come falso, ove trovasi detto che il neonato è stato presentato vivo, trattandosi qui di una enunciazione di ciò che l'uffiziale dello stato civile attesta di essere avvenuto alla sua presenza (art. 363). In mancanza di tale dichiarazione la prova può essere fatta con titoli e testimoni, e questa prova dee farsi in modo indubitato e sicuro, poichè nel dubbio si ritiene la vitalità del fanciullo. Quelli poi che sono interessati a sostenere il contrario possono farlo con la stessa prova testimoniale, specialmente con tutti i mezzi suggeriti dalla medicina legale, e relativi alla insufficienza di sviluppo del fanciullo, ed a tutti quegli altri dati che assicurano la mancanza di attitudine alla vita: A parer nostro, dice il de Paola, in due modi potrebbe farsi la prova della vitalità o non vitalità del fanciullo. O per mezzo di periti anatomici, o per mezzo delle persone che hanno assistito al parto. I primi osservando il corpo del fanciullo, ritrovando conformate bene tutte le sue parti, dilatato ed elastico il polmone, che è l'organo destinato alla più necessaria funzione della vita stessa, hanno dei segni non equivoci per accertare che il fanciullo sia nato vitale. Al contrario se le membra si osservano imperfette in modo che accusano l'opera immatura, se il polmone presenta un corpo duro, di piccol volume, o di gravità specifica più dell'acqua, allora niun dubbio che il fanciullo non sia nato vitale. I secondi che hanno assistito al parto, sono al caso di deporre se il fanciullo abbia vagito, se abbia eseguito quei movimenti marcati che sono in lui prodotti dai bisogni di cercar l'aria, se abbia libato il cibo che alle sue labbra fosse stato avvicinato, se infine abbia eseguito un atto che indichi la vita. Ma questo mezzo di prova per la fallacia dei segni non è però così sicuro che possa porre in intera calma l'animo del magistrato (2).

Egli è poi indifferente il tempo trascorso della esistenza vitale, poichè se il fanciullo sia nato tale, ma dopo pochi istanti per malattia sopraggiunta, per caduta, od imperizia altrui sia morto, sarà considerato capace di acquistare, e di trasmettere ogni suo diritto ai suoi eredi e successori.

(1) L. 129 Dig. de verb. signif.
(2) Trattato delle successioni.

Egli è del pari indifferente che il fanciullo venga alla luce naturalmente, ovvero mediante l'opera chirurgica indicata sotto il nome di parto cesareo, vale a dire, se il fanciullo si estrae quando la madre è morta prima del parto, o nei dolori di esso, o quando il feto siesi attraversato in modo che faccia disperare di venire in luce senza un'operazione pericolosa. Se si assoda di essere nato vivo e vitale, non sarebbe considerato meno capace di succedere, quando pure per cause straordinarie cessi dopo di esistere. L'antichità offre molti esempi di simili parti, poichè Cesare, Scipione, Manlio, e Lica furono estratti vivi dall'utero materno.

Quanto ai mostri, nulla disponendo il diritto nuovo, bisogna applicare le leggi romane per le quali si distingueva la deformità dalla mostruosità, e questa sola rendeva incapace di succedere: *Non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit* (1).

§ 381.° Un'altra incapacità si riconosceva pel diritto anteriore, cioè quella dei religiosi, i quali erano inabilitati a succedere per effetto del loro stato ; ma essa è stata abrogata con la pubblicazione delle ultime leggi di soppressione degli ordini monastici, e presso di noi col decreto del 17 febbraio 1861, e con la legge del 7 luglio 1866, la quale ha reintegrato i religiosi di ambo i sessi nel pieno esercizio dei loro diritti civili e politici (art. 2).

§ 382.° Sono indegni di succedere coloro i quali per fatti più o meno colpevoli commessi contro la persona della di cui successione si tratta , sono dichiarati incapaci di adirla. La indegnità di succedere si fonda sul principio che cessa la presunta volontà e il dovere della persona della di cui eredità si tratta di far pervenire i beni all'autore di alcuni fatti offensivi commessi contro la sua persona, e sorge il bisogno di antivenire la consumazione di quei fatti, mediante i quali si credeva anticipare l'acquisto della eredità, o di accrescere la quota al di là della volontà del testatore.

§ 383.° Nel diritto antico i casi della indegnità erano rimessi all'arbitrio dei giudici; ma la legge nuova con savio pensamento li limita a casi determinati, e questi sono i seguenti:

In primo luogo è indegno di succedere chi avesse volontariamente ucciso o tentato di uccidere la persona della cui eredità si tratta (art. 725 n. 1). Egli è d'uopo che vi sia l'omicidio volontario o il tentativo di omicidio, sia mancato, sia semplicemente tentato. Al contrario l'omicidio comandato dalla legge ed ordinato dall'autorità legittima, quello commesso per la legittima difesa di sè stesso o di altri, e tutti quelli che sono giustificati dalla legge per vizio totale di mente, non rendono indegni coloro che se ne furono autori (art. 558 a 560 cod. pen.) ; come pure l'omicidio commesso dal fanciullo minore di anni nove, o maggiore di anni nove e minore di anni quattordici, o dal

(1) Cod. de post haered instit.

sordo muto, quando siesi deciso che abbia agito senza discernimento (art. 88 e 92): dicasi lo stesso dell' omicidio semplicemente colposo (art. 554). Ma è causa d' indegnità l' omicidio scusabile, quello commesso per vizio parziale di mente, o per mezzana ubbriachezza o in duello; come pure quello consumato per eccesso di difesa della propria vita o per l'esercizio della forza pubblica (art. 563 cod. pen.), poichè in tutti questi casi, sebbene la pena ordinaria è ridotta, l'omicidio o il tentativo dello stesso non sono meno imputabili.

Per produrre il suo effetto questa indegnità, è necessario, secondo noi, che l' autore dell' omicidio o del tentativo dello stesso sia stato dichiarato tale in giudizio penale, poichè sebbene l' indegnità è l'effetto del reato e non già della condanna, pure ad assodare il primo necessita la seconda, e questa dev' essere pronunziata dal magistrato competente; salvo il caso in cui l' azione penale trovisi estinta. Anzi se s' impegna la quistione civile su la indegnità di succedere per causa di omicidio tentato o consumato, dee sospendersi la causa civile fino all'esito del giudizio penale (art. 4 e 31 proc. pen.). Le nostre leggi civili all' effetto usavano le espressioni che l'autore dell'omicidio fosse stato condannato per tale reato. Or la condanna dee rendersi dal magistrato penale competente, e senza di essa non può invocarsi la indegnità come conseguenza del reato legalmente accertato.

La indegnità essendo una conseguenza naturale del reato, non cessa con la grazia sovrana, nè con la riabilitazione, nè con la prescrizione della pena.

§ 384.° In secondo luogo è indegno di succedere chi avesse accusato la persona della cui eredità si tratta di un reato punibile con pena criminale, quando l' accusa sia stata dichiarata calunniosa (art. 725 n. 2). Secondo le leggi napolitane dell'anno 1819 bastava il solo fatto di avere esposta un' accusa di delitto capitale, malgrado che non fosse stata dichiarata calunniosa (art. 648 n. 2). Però con più ragione la nuova legge richiede che la querela dev'essere dichiarata calunniosa, non potendosi attaccare l'effetto della indegnità al solo fatto della presentazione di una querela o di una denuncia, che nel primo caso costituisce un diritto garentito dalla legge, e nel secondo un dovere civico che deesi eccitare nell' interesse generale della repressione dei reati.

L'accusa dev' essere dichiarata calunniosa dal magistrato penale competente nella concorrenza degli estremi legali al riguardo. Egli è vero che l'articolo parla in genere di giudizio; ma le regole della competenza non possono essere alterate nel caso della indegnità; e ciò anche perchè la dichiarazione della querela calunniosa è un reato previsto dalla legge, del quale i soli magistrati penali possono conoscerne; eccetto il caso in cui l' azione penale fosse estinta per la morte dell' imputato.

L'accusa dee avere per oggetto un reato punibile con pena criminale, ed a questo riguardo dee starsi alle circostanze espresse nella

querela, le quali devono estimarsi per vagliare il fatto principale. Accettiamo poi volentieri la opinione che la falsa testimonianza in giudizio penale, in pregiudizio della persona della di cui eredità si tratta da parte dell'erede presuntivo, renda costui indegno di succedere, essendo essa negli effetti più nociva della querela falsa, poichè parte dalla persona che si crede giustamente meno interessata a mentire di colui che si presenta con la veste di denunciante o querelante.

§ 385.° In terzo luogo è indegno di succedere quegli che abbia costretta la persona della cui successione si tratta a fare il testamento ovvero a cangiarlo (art. 725 n. 3); avvegnachè tale costringimento impedisce l'esercizio del dritto il più prezioso, e nuoce a coloro i quali avevano acquistato dei dritti alla considerazione del testatore. Il diritto romano non era difforme sul riguardo (1).

I fatti necessari a caratterizzare il costringimento sono abbandonati alla estimazione del giudice di merito, il quale dee tener conto del tempo in cui sono avvenuti, e dello stato di salute della persona della cui eredità si tratta, poichè se fatti nelle ore estreme di sua vita, è ben facile il comprendere che anche un semplice gesto minaccioso, ed una semplice voce di sdegno possono fare grande impressione sul di lui animo, ed impedirgli di fare il testamento, o farlo diversamente da quello che voleva.

§ 386.° In quarto luogo è indegno di succedere quegli che avesse impedito di fare testamento, o di rivocare il già fatto, o avesse soppresso, celato o alterato il testamento posteriore (art. 725 n. 4). Nel caso del numero precedente vi è costringimento di volontà; in questo vi è impedimento all'uso di essa, ma con violenza più pronunciata, poichè s'impedisce il testatore di manifestare in alcun modo la sua volontà.

Nel concetto della soppressione del testamento vi entra la distruzione o lacerazione dello stesso, la quale era preveduta espressamente dal diritto romano, e si allogava tra i mezzi violenti coi quali s'impediva ad alcuno di far testamento (2).

§ 387.° La indegnità dev'essere provocata da quei successibili che vengono in concorrenza con l'indegno all'eredità, o che subentrano nel di lui luogo secondo l'ordine delle successioni, ed in mancanza degli eredi legittimi, dagli eredi testamentari secondo l'ordine della rispettiva chiamata. Solo i creditori dell'erede che subentra all'indegno, non possono nel di costui silenzio intentare una simile azione, poichè in virtù dell'art. 1234 essi non possono esercitare i diritti personali del debitore, e l'azione per fare dichiarare l'indegnità è personale di sua indole.

§ 388.° Secondo la legislazione francese colui che è incorso in un fallo che lo rende indegno, non può essere riabilitato, ritenen-

(1) L. 1 Dig. si quis aliqu. test. proihib. vel coeg. e 1 e 2 Cod. eod. tit.
(2) L. 14 Dig. ad leg. corn. de falsis

dosi inefficace ogni emenda posteriore. Per tal modo si pone l'offeso nella dura posizione di non poter perdonare l'offensore, e costui di non poter riparare il suo torto. Al contrario il diritto italiano, uniformemente alle leggi napolitane del 1819, ammette a succedere colui che è incorso nella indegnità, quando la persona della cui successione si tratta lo abbia abilitato con atto autentico o con testamento (art. 726). Il diritto romano è uniforme su tal riguardo: *Quod si iterum in amicitiam redierint, et poenituit testatorem prioris offensae legatum, vel fideicommissum relictum reintegratur. Ambulatoria enim est voluntas defuncti, usque ad vitae supremum exitum* (1). Ma perchè risulti in modo chiaro e certo che la persona della cui eredità si tratta abbia abilitato l'indegno a succederle, deve farsi l'abilitazione in modo espresso con atto autentico o con testamento, sia questo pubblico, sia anche olografo. Se poi l'abilitazione è fatta con atto autentico, non è necessario che sia speciale, potendo esser fatta anche incidentalmente in un atto di donazione, in un contratto di matrimonio, o in qualunque altro. Quest'abilitazione non potrebbe risultare da semplici legati fatti all'indegno, eccetto che nella concorrenza di altri equipollenti che dimostrino in modo sicuro il desiderio di riabilitare colui che era incorso nella indegnità.

§ 389.° L'erede che è dichiarato indegno, e come tale è escluso dalla successione, è nell'obbligo di restituire tutti i frutti e proventi, dei quali avesse goduto dopo aperta la successione (art. 727). Dichiarata l'indegnità, l'indegno è escluso dalla successione, anche per la quota di riserva. Egli è considerato come se mai fosse stato erede ed ove mai avesse posseduto beni ereditari, dev'essere equiparato al possessore di mala fede. Il diritto romano non è dissimile sul riguardo: *Haeredes, quos necem testatoris inultam omisisse constiterit, fructus integros coguntur reddere. Neque enim bonae fidei possessores ante controversiam illatam videntur fuisse qui debitum officium pietatis scientes omiserunt. Ex haereditate autem rerum distractarum, vel a debitoribus acceptae pecuniae, post motam litem bonorum usuras inferant. Quod in fructibus quaque locum habere quos in praediis haereditariis inventos, aut exinde perceptos vendiderint, procul dubio est* (2). La ragione della detta disposizione sta in ciò, che l'indegnità dell'erede non ha luogo *ipso iure*, ma dev'essere pronunciata dietro un giudizio. Epperò l'indegno come erede entra nel possesso de' beni ereditari; ma dichiarata la indegnità è giusto che restituisca i frutti percepiti, stante l'effetto retroattivo della sentenza che lo riconosce come indegno. Se egli avesse percepiti i frutti per tempo maggiore di cinque anni, non potrebbe giovarsi della prescrizione quinquennale, poichè trattandosi di frutti in dipendenza dell'eredità si prescrivono in trent'anni: anzi ei deve gli interessi su' frutti dal giorno della dimanda (art. 1233).

(1) L. 4 Dig. de adim. vel transf. legat.
(2) L. 1 Cod. de his qui indigni, ec.

§ 390.° L'indegnità come qualità strettamente personale non esclude dalla eredità che quegli soltanto che ne è colpito, poichè è regola ovvia di giustizia che *culpa tenet auctores suos*. Essa non nuoce ai figli, nè ai discendenti dell'indegno, sia che succedano per ragion propria, sia per diritto di rappresentazione. Epperò siffatti eredi raccolgono l'eredità della quale il loro genitore o ascendente divenne indegno, senza distinguere se la persona della cui eredità si tratta sii anche essa un ascendente o un collaterale, un parente legittimo, naturale od adottivo (art. 728). Senonchè per impedire che l'indegno possa giovarsi indirettamente di quello che direttamente non gli è lecito di avere, la legge lo priva dei diritti di usufrutto e di amministrazione, che come genitore gli competerebbero su'beni che compongono la eredità di cui è stato dichiarato indegno.

Finalmente giova avvertire che la legge non mirando più alla origine dei beni, se non nei casi espressi dalla medesima, l'indegno sarebbe abile a ricevere quelli relativi alla successione dalla quale è stato escluso, qualora si rinvenissero nella successione di una terza persona, cui sarebbe chiamato; imperciochè la indegnità è limitata alla persona della cui eredità si tratta, e non al terzo rispetto al quale l'escluso non può rimproverarsi di alcuna colpa.

§ 391.° Quanto agli atti fatti dall'erede escluso dalla successione come indegno, gravi dubbii si elevavano sotto l'impero delle leggi anteriori per rispetto alla validità di essi nel rapporto dei terzi. La maggior parte degli scrittori sul fondamento della massima *resoluto iure dantis, resolvitur etiam ius accipientis*, ritenevano che la dichiarazione di indegnità risolvesse *ex tunc* il diritto di proprietà dell'indegno, senza però far risolvere tutti gli atti di amministrazione ordinaria e straordinaria, come sono nel primo caso gli affitti, e nel secondo caso le alienazioni di beni stabili a titolo oneroso; e ciò a motivo di un mandato *cum libera*, di cui l'indegno deve ritenersi investito dalla legge. Altri credeano che la dichiarazione di indegnità risolvesse *ex nunc* il diritto di proprietà dell'indegno, e perciò lasciasse sussistere tutti gli atti fatti da costui coi terzi, sia a titolo oneroso, sia gratuito. Altri finalmente distingueano gli atti gratuiti dagli onerosi, e ritenevano validi soli quest'ultimi; e ciò pel motivo che gli aventi causa dell'indegno a titolo oneroso cercano di evitare un danno; mentre gli aventi causa a titolo gratuito cercano di fare un lucro. Il novello diritto italiano ha risoluta la quistione in quest'ultimo senso, poichè nell'articolo 933 prevede il caso dell'erede apparente, nè l'indegno può essere considerato diversamente, il quale ha fatto delle convenzioni a titolo oneroso, e le ritiene valide nell'interesse dei terzi di buona fede. Il rispetto che fa la legge delle convenzioni in pro dei terzi è fondato sulla ragione di equità, poichè mentre l'erede vero *certat de lucro captando*, essi invece *certant de damno vitando*. L'accettazione dell'eredità per parte del vero erede dilegua questa apparenza, ma soltanto per l'avvenire e non pel passato a favore dei

terzi medesimi. Noi non vogliamo dissimulare che la dottrina dell'articolo 933, se va giustificata per gli atti di amministrazione, non è lo stesso per gli atti di dominio, poichè essa può dar luogo a serii inconvenienti, ed autorizzare delle frodi da parte dell' indegno, e di altri eredi apparenti, i quali per deludere la dichiarazione di indegnità si spogliano immantinenti della parte di eredità che fosse stata loro dovuta, nè è sempre facile agire con l' azione di frode per la difficoltà della prova. Siffatta regola sconosce eziandio l' altra massima che chi contratta deve conoscere la condizione di colui col quale contratta, e porta una sensibile derogazione al principio che il titolo colorato può consolidare il dominio per rispetto al terzo, ma solo dopo il termine fissato per la prescrizione di dieci anni.

Del resto se l' indegno avesse alienato i beni, deve rispondere verso il vero erede del prezzo ricevuto, e nel caso contrario dovrà cedergli la relativa azione per conseguirlo dal debitore (art. 933).

SEZIONE II.

DELLA RAPPRESENTAZIONE.

§ 392.° La rappresentazione è quello istituto giuridico diretto a collocare i figli discendenti di una persona premorta nel grado di questa stessa persona, nel fine di conferire loro i diritti che essa avrebbe acquistato se fosse stata vivente.

La legge dichiara che la rappresentazione ha per effetto di fare entrare i rappresentanti nel luogo, nel grado e nei diritti del rappresentato (art. 729). A questa definizione possono farsi gli stessi appunti già fatti a quella del codice francese, poichè non fa conoscere quali persone possono rappresentarsi, e quali essere rappresentate, e viola la nota regola di logica che nelle definizioni non bisogna fare uso delle parole che vogliónsi definire.

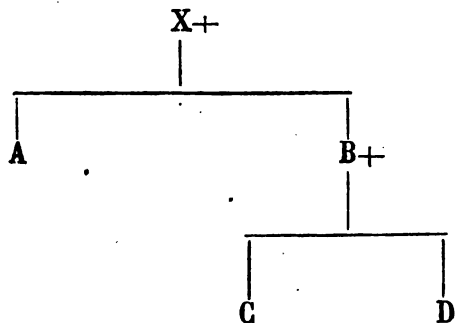
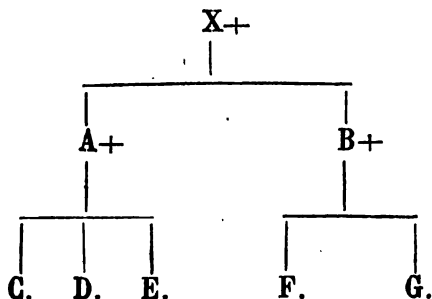
§ 393.° La rappresentazione è fondata sui principii di equità e di giustizia, ed è diretta a provvedere onde i discendenti di un figlio promorto si pongano nel grado del loro autore per ricevere la porzione dovuta a costui, qualunque sia il numero di essi; e ciò per risparmiare loro il doppio cordoglio di perdere innanzi tempo il genitore, e la porzione di eredità che gli sarebbe spettata se non fosse disceso nella tomba. D' altronde la rappresentazione si fonda sul principio fondamentale dell' ordine successorio, cioè la presunta volontà e il presunto dovere da parte del defunto, ed è conforme al naturale affetto dell'uomo il volere che la parte di proprietà che avrebbe raccolta il figlio o il fratello estinto, si prenda dai loro discendenti superstiti, nei quali l'avo o lo zio vede riprodotta la persona del proprio figlio o del proprio fratello.

La rappresentazione non deve confondersi con la trasmissione della

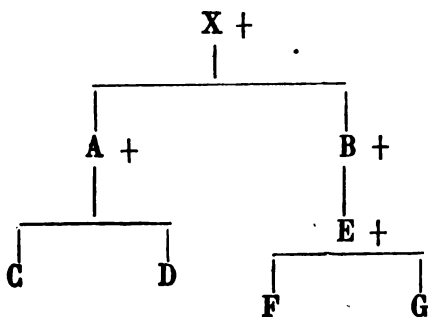
eredità a favore di colui a cui si era devoluta, e che cessò di vivere prima di accettarla (art. 939).

§ 394.° La rappresentazione ha luogo ordinariamente nella successione legittima, ma può aver luogo eziandio nella successione testamentaria (art. 890).

§ 395.° In primo la rappresentazione ha luogo nella linea retta ed è ammessa a favore dei figli e discendenti legittimi di colui della cui eredità si tratta, in infinito, cioè a favore di ogni discendente per quanto remoto sia dall' ascendente che intende di rappresentare. Epperò nella linea retta discendentale la rappresentazione ha luogo in tutti i casi, sia che i figli del defunto concorrono coi discendenti di altri figli premorti, sia che tutti i figli del defunto essendo mancati di vita prima di lui, i discendenti di detti figli si trovano in gradi eguali od ineguali, e quantunque in parità di grado vi sia disuguaglianza di numero in alcuna stirpe di essi (art. 730).

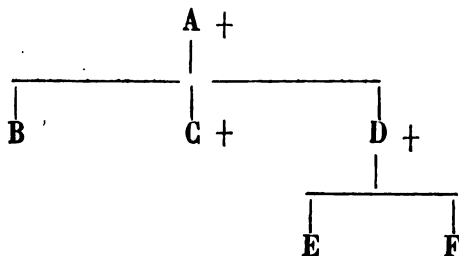
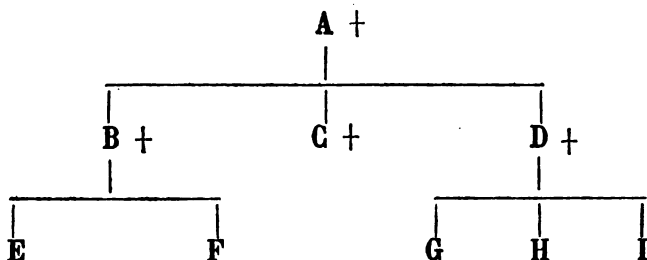
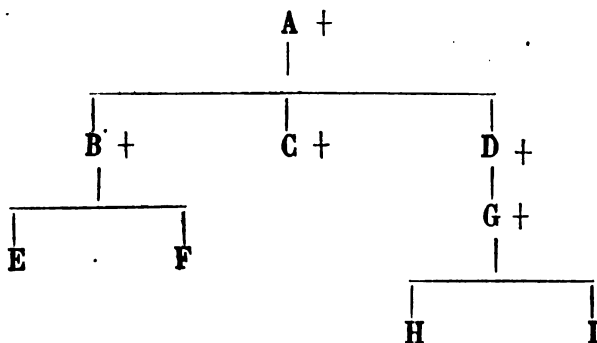
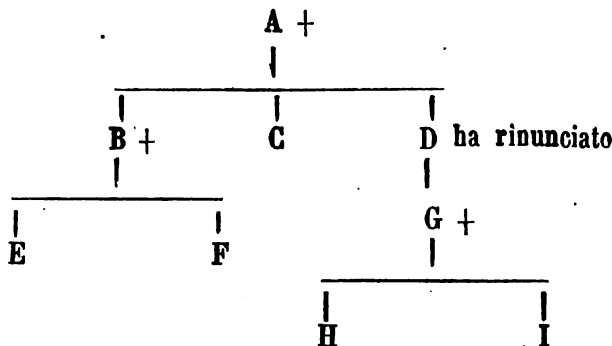
Per chiarire le leggi su la rappresentazione è bene riportare alcuni esempi:

X della cui successione si tratta, lascia vivente il figlio A e i nipoti C, D nati dal predefunto figlio B. Questi due nipoti rappresenteranno B, e prenderanno la stessa porzione, cioè la metà dell' eredità che avrebbe ricevuto il padre se fosse stato in vita.

X morendo lascia cinque nipoti nati da due figli premorti. Questi nipoti, benchè parenti nello stesso grado ad X, della cui successione

si tratta, non succedono per ragion propria, ma per rappresentazione dei loro rispettivi genitori.

In tal caso, come avverte il Pothier, la rappresentazione serve per dividere, non per succedere, poichè questa ha luogo allorchè vi sono parenti di diverso grado nel concorso, e quando i congiunti più distanti essendo esclusi dai più prossimi, per mezzo della rappresentazione vengono ad uguagliare il loro grado, e succedono unitamente con essi; e ciò perchè dipendendo i diversi nipoti dai comuni autori, li rappresentano solo per dividere la eredità che avrebbero diviso essi se fossero stati in vita.

X, lascia due nipoti C, D, natigli dal figlio A, premorto a lui, e due pronipoti F, G, nati da E, figlio del suo figlio B, ambedue premorti. Or tanto i nipoti quanto i pronipoti succederanno ad X, per rappresentazione.

§ 396.° Nella linea retta discendentale la rappresentazione ha luogo all'infinito; epperò lontano che sia il grado in cui un discendente si trovi, può avvalersi del beneficio della rappresentazione. Da questa regola sono eccettuati i casi in cui esistono soli figliuoli di primo grado, e quando gli eredi che sono i primi all'eredità vi abbiano rinunziato. Nel primo caso i figli, comechè i più prossimi, non hanno bisogno di rappresentare alcuno per succedere al proprio genitore, poichè succedono *jure proprio*, e dividono l' eredità in porzioni eguali. Nel secondo caso avendo gli eredi di primo grado rinunciato alla successione, e non essendovi altri in tale grado, la successione si devolve al grado susseguente. Gli eredi di questo grado, comechè chiamati *jure proprio*, adiscono la eredità, che dividono tra loro per capi e non per stirpi, poichè i rinuncianti essendo viventi, non si può rappresentare chi è vivente: tranne questi due casi, in tutti gli altri ha luogo la rappresentazione.

§ 397.° Nella linea collaterale la rappresentazione è ammessa in favore dei discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto, sia che essi concorrano alla successione coi loro zii e zie, sia che essendo premorti tutti i fratelli e le sorelle del defunto, la successione sia

devoluta ai loro discendenti in gradi eguali od ineguali (art. 732). L'uomo senza figli, il quale è privato di taluni o tutti i suoi fratelli, rivolge il suo affetto verso i suoi nipoti e discendenti *ex fratre* nei quali vede riprodotta l'immagine dei suoi fratelli estinti. Epperò la rappresentazione è un beneficio che trova il suo fondamento nella natura, e la legge civile non può fare a meno di riconoscerla ed ammetterla in pro di detti congiunti. Senonchè la rappresentazione dovea ricevere un giusto limite in questa linea, senza estendersi all'infinito. come nella linea retta, poichè non è da supporsi che il defunto sentisse affetto pei cugini, secondi cugini, e discendenti del proprio fratello; quindi la legge ne limita l'applicazione solo in favore dei figli e discendenti dei fratelli e delle sorelle del defunto, sia che concorrono alla successione coi loro zii e zie, sia che essendo premorti tutti i fratelli e le sorelle del defunto, la successione si trovi devoluta ai loro discendenti in gradi eguali od ineguali.

A aveva tre figli B, C, D. Quest'ultimo ebbe due figli, e premorì al fratello C. Alla successione di C, concorrono con lo zio B, i nipoti E, F, figli di D, per diritto di rappresentazione.

Da A, sono nati B, C, D. Premorirono B, D, lasciando l'uno due figli E, F, e l'altro G, H, I. Gli uni e gli altri succedono allo zio C, per rappresentazione, non per ragion propria, e dividono la eredità per stirpi, non per capi.

I nipoti E, F, e i pronipoti H e I succedono per rappresentazione allo zio e pro zio C., salendo gli uni a rappresentare B, e gli altri D, i primi con un sol grado di ascenzione, i secondi con due.

Se poi alla successione di A concorre il suo figlio C, ed E, F, discendenti dell'altro figlio premorto B, i discendenti di G, se possono rappresentare i dritti del padre loro, anche premorto, non possono salire al grado di C, rappresentando D, per aver costui rinunciato, e la rappresentazione non potendo essere saltuosa, C, ed i discendenti di B, escludono i pronipoti del defunto H, I.

§ 398.° La rappresentazione nella linea ascendentale non ha luogo, poichè in tal caso si osserva la regola che il più prossimo esclude il più remoto. L'ordine di natura suppone che il più giovane sopravvive al più avanzato; quindi è sembrato giusto ammetterla pe' discendenti, poichè essi avrebbero ritrovato i beni dell' avo nella successione del padre loro, se costui non fosse morto. La legge romana non era difforme sul riguardo: *In ordine ascendentium, qui gradu proximior est, remotiorem excludit.—Si plurimi ascedentium vivunt, hos praeponi iubemus qui proximi gradu reperiuntur*. Nell' assemblea legislativa di Francia il tribuno Simeon si espresse nei seguenti termini: La successibilità di discendenti è altrettanto naturale che le-

gittima; ma quella degli ascendenti è contro il corso ordinario degli avvenimenti; si crede veder risalire un fiume verso la sua sorgente; l'ordine della natura è turbato: non vi sarà dunque rappresentazione per questo caso straordinario. Al che bisogna aggiungere che gli uomini anziani non hanno quei bisogni da cui sono circondati coloro che devono spingersi nel sentiero della vita. L' obbietto dell' ordine successorio infatti tende a questo unico scopo. Ammetter la rappresentazione pei seniori è un operare a danno di collaterali, imperocchè ampliando il numero degli ascendenti successori, per necessità si diminuisce la quota spettante ai collaterali. Se più sono i primi meno prendono i secondi. Del resto non è neanco da presumersi che si voglia amar piuttosto un avo od un bisavo che sta con un piede già nella tomba, e il quale sarebbe un'irrisione di voler creare erede, anzichè un fratello, una sorella, o i loro discendenti. La regola della legge per la quale il più prossimo esclude il più remoto è naturale e semplice nella sua applicazione; quindi è giusto che i genitori escludano gli avi, costoro i bisavi, ec., e quelli che prendono parte alla successione succedono per capi, poichè la divisione per stirpi è ammessa solo quando ha luogo la rappresentazione.

399°. In conseguenza dell' enunciato principio che non si possono rappresentare le persone viventi, non potrebbero rappresentarsi le persone incapaci di succedere e gli assenti (art. 734.); ma la legge riconosce la rappresentazione per evitare nel primo caso che la colpa del padre pregiudichi l'interesse dei figli innocenti, e nel secondo per non offendere i diritti di quei discendenti, i quali non potendo provare la morte dei loro autori per la circostanza dell'assenza, resterebbero privi della parte di eredità loro dovuta, e la quale, se vivo il genitore sarebbe spettata a lui, e se morto ai suoi figli e discendenti per diritto di rappresentazione.

Finalmente non è vietato di rappresentare la persona alla cui eredità si è rinunciato (art. 735). Se muore il genitore e si rinuncia alla eredità, si può dopo venire alla successione dell'avo, rappresentando appunto la persona del genitore alla di cui eredità si è rinunciato; e ciò perchè il rappresentante succede personalmente alla persona della cui successione si tratta, e non già al rappresentato alla cui successione si è rinunciato. D' altronde la rappresentazione è un diritto emergente dalla legge col quale si evita il danno che la premorienza del genitore potrebbe arrecare ai nipoti, i quali sarebbero esclusi dai figli superstiti o fratelli del defunto. Non essendo la rappresentazione un diritto provveniente dal defunto, ma dalla legge, niuna difficoltà potea esservi di rappresentarlo senza essere di lui erede. La sua eredità può essere oberata di debiti, e la si può rinunciare, ma da ciò non segue che si debba rifiutare l' altra che egli avrebbe raccolta se fosse stato vivo, e che se si fosse trovata nella sua successione non si sarebbe ripudiata.

§ 400.° I rappresentanti entrando nel grado e nei diritti del rap-

presentato, non possono succedere che per istirpi, venendo in tal modo a conseguire quella sola quota ereditaria che si sarebbe raccolta dalle persone che rappresentano, ove fossero rimaste in vita al tempo della morte della persona della di cui eredità si tratta.

Egli è indifferente che i diversi successibili si trovino tra loro in gradi eguali od ineguali, come se taluni fossero nipoti ed altri pronipoti, poichè i più lontani devono risalire al grado del loro ascendente che avrebbero dovuto succedere alla persona del defunto per ricevere la porzione al detto ascendente dovuta: fra i rappresentanti di ciascuna stirpe la rispettiva quota ereditaria si divide per capi, (art. 733).

Le stesse regole devono osservarsi ove uno stipite abbia prodotti più rami, e quindi ciascun ramo succede per stirpi, e i rappresenctanti di ciascun ramo si dividono la rispettiva quota ereditaria per api, (art. 733).

SEZIONE III.

DELLA SUCCESSIONE DEI PARENTI LEGITTIMI.

§ 401.° La legge riconosce quattro ordini di successori legittimi, cioè quello dei discendenti, il quale esclude tutti gli altri, quello degli ascendenti sia che vengono soli, sia insieme ai fratelli del defunto, quello dei soli fratelli, e l'altro dei collaterali di grado ulteriore.

§ 402.° Il primo ordine comprende i figli legittimi della persona, della cui successione si tratta, ovvero i loro discendenti, senza distinzione di sesso, e quantunque nati da matrimonii diversi (art. 736). Essendo eguale l'affetto dei genitori verso i loro figliuoli, nè supponendosi alterato per la ragione del loro sesso e della diversità di matrimonio, era giusto ammetterli nel silenzio del genitore a dividere il suo retaggio a parti uguali: *Si quis igitur descendentium fuerit ei qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere sive ex foeminarum descendens, ut sive suae potestatis, sive sub potestate sit omnibus ascendentibus et ex latere praeponuntur* (1).

Nella esistenza dei figli o nipoti del defunto sono esclusi tutti gli altri eredi, ed anche i genitori se trovansi in vita.

Sotto il nome di figli legittimi s'intendono i figli legittimati, sia per susseguente matrimonio, sia per decreto reale, gli adottivi e i loro discendenti. Però i figli adottivi e i loro discendenti succedono bensì all'adottante in concorso anche dei legittimi, ma sono estranei alla successione di tutti i congiunti dell'adottante (art. 737).

Cessato ogni diritto di primogenitura, di sesso, e quello derivante dal doppio vincolo, i figli nel concorso di più chiamati succedono per

(1) Nov. 118.

capi quando vengono per ragion propria, e per stirpi quando tutti o alcuni di essi succedono per rappresentazione (art. 730). Ma fra' membri di ciascuna stirpe la divisione si fa per capi; e se lo stipite ha prodotto più rami la successione di questi nella quota assegnata alla stirpe ha luogo parimenti per stirpi, e fra membri del medesimo ramo la divisione si fa per capi (art. 733).

§ 403.° Il secondo ordine di successori legittimi comprende i genitori, sia che vengano soli, sia in unione dei fratelli e sorelle del defunto, e loro discendenti. Se quindi il defunto non lasci figli, la sua eredità è deferita ai detti parenti, perchè quando l'amore non può riporsi verso le persone dei propri figli e discendenti, si volge verso quelle dei propri ascendenti e dei collaterali del defunto. Ma se costui lasci il padre e la madre od altri ascendenti, senza restar fratelli, nè discendenti da questi, gli succedono i soli genitori, rimanendone esclusi gli altri ascendenti. Nella esistenza del padre e della madre, succedono entrambi al figlio defunto in porzioni uguali; ed in mancanza di uno dei genitori, sia perchè premorto, o assente, o indegno o rinunziante, succede l'altro nella intera eredità (art. 738).

Mancando entrambi i genitori del defunto, la eredità del figlio è devoluta per una metà ai parenti della linea paterna, e per l'altra metà a quelli della linea materna, senza distinzione di numero e di sesso ove sieno di grado eguale: *Si plurimi ascendentium eumdem habeant gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur ut medietatem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticumque fuerint; medietatem vero reliquam a matre ascendentes quantoscumque eos inveniri contingerit* (1).

L'eredità si divide per capi fra gli ascendenti della stessa linea. Se non sieno in grado uguale, l'eredità è devoluta al più vicino senza distinzione di linea e di sesso: *Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi iubemus qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas sive paterni sive materni sunt* (2).

Se poi il defunto lasci ascendenti di una sola linea, l'eredità è devoluta al più prossimo o ai più prossimi fra di loro (art. 739).

In queste provincie meridionali la successione dei genitori secondo il nostro diritto patrio antico, si facea dipendere dalle condizioni apposte nei capitoli matrimoniali. Se il matrimonio era contratto alla *vecchia maniera*, il padre e la madre succedevano ai figli morti *ab intestato*; nè si teneva conto dell'origine dei beni, poichè la successione regolavasi secondo le leggi romane. Se poi il matrimonio erasi contratto alla *nuova maniera*, e secondo l'uso di Capuana e Nilo, il padre e la madre succedevano ciascuno nei propri beni, poichè ognuno di essi rinunciava ai beni dell'altra linea. Questo patto in uso tra nobili, si estese a tutti gli altri cittadini e per tutte le provincie. Di

(1) Nov. 118.
(2) Nov. 118.

poi abolita questa assurda costumanza si fece ritorno al diritto romano: *Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquet haeredes, pater autem, aut mater, aut alii parentes ei supersint omnibus ex latere cognatis; hos praeponi iubemus, exceptis solis fratribus ex utroque parente coniunctis defuncto* (1).

Le leggi napolitane del 1819 riconoscevano ancora la *riversione legale*, ossia il diritto di ritorno agli ascendenti per le cose da essi date in dote alle loro figlie e discendenti, o altrimenti donate ai loro figli e discendenti morti senza prole, allorchè le cose donate si trovavano in ispecie nella eredità. Se poi si fossero alienate, gli ascendenti potevano riscuotere il prezzo che poteva tuttora esser dovuto; e succedevano inoltre all'azione che il donatario avrebbe potuto sperimentare per ricuperarlo; salvo l'obbligo dei pesi (art. 670 leg. civ.). Questa disposizione trovava riscontro nel diritto romano, e tendeva ad evitare al padre il doppio dispiacere di perdere la figlia e la dote alla medesima assegnata, la quale con la sua morte e della prole andava nella famiglia del marito: *Iure soccursum est patri, ut filia amissa, loco solatii cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filia amissa et pecuniae damnum sentiret* (2). Siffatta legge tendeva a facilitare le liberalità, perchè allontanava il timore che la dote che assegnavasi alla figlia, si vedesse passare in famiglia diversa da quegli stessi ascendenti che l'avevano costituita: *Prospiciendum est enim ne hac iniecta formidine, parentum circa liberos munificentia retardaretur* (3).

Per aver luogo il ritorno legale era d'uopo delle due seguenti condizioni: 1. che il donatario fosse morto naturalmente, o condannato alla pena dell'ergastolo; 2° che non avesse lasciata posterità, per lo principio che la beneficenza s'intende fatta tanto in favore del donatario che della sua discendenza.

La riversione legale differiva dalla convenzionale in ciò che l'effetto di quest'ultima si è quello di risolvere tutte le alienazioni fatte dal donatario, e di far ritornare i beni liberi da qualunque affezione, come ipoteca, pegno, servitù e simili, mentre nella riversione legale restavano ferme tutte le afficienze, non escluse le stesse alienazioni, poichè era considerata come un diritto di successione eventuale.

Il novello diritto italiano non ha creduto riprodurre le disposizioni relative alla riversione legale, e solo ammette il ritorno convenzionale nei casi e coi limiti che in appresso diremo (art. 1071).

§ 404.° Se insieme ai genitori o ad un solo di essi, il defunto lasci fratelli o sorelle germane o discendenti di altri fratelli premorti, tutti sono ammessi alla successione, cioè gli ascendenti ed i fratelli per capi ed i loro discendenti per stirpi, purchè in niun caso la porzione in cui succedono i genitori od uno di essi sia minore del terzo.

(1) Nov. 118
(2) L. 6 Dig. de iur. dat.
(3) L. 2 Cod. de bon quae lib

Ove sia minore del terzo, dovrà questo prelevarsi a favore di entrambi i genitori o di quell'uno di essi che succede. Gli altri due terzi saranno divisi tra germani del defunto per capi e per stirpi secondo che i collaterali sono tutti fratelli, o rappresentanti di altri germani premorti (art. 740).

Se oltre i genitori il defunto abbia lasciato fratelli germani e consanguinei o uterini succedono anche questi; ma se si trovano in concorso soltanto coi genitori del defunto o con uno di essi, od anche coi fratelli e sorelle germane del medesimo, salvo il terzo ai genitori od a quel solo che succede, conseguono la sola metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero stati germani (art. 740); il che mostra che a favore di costoro la legge assegna la metà della quota virile, non già la metà di quel che realmente viene a prendere il fratello germano, dopo essere stata accresciuta di quello che lascia il fratello unilaterale.

Se oltre i fratelli e le sorelle o i loro discendenti, il defunto lasci altri ascendenti diversi dai genitori, questi raccoglieranno la parte che sarebbe spettata ai genitori del defunto nel modo di sopra riferito (art. 739).

§ 405.° Il terzo ordine di successori legittimi è quello dei germani del defunto. Se alcuno muore senza lasciare nè discendenti, nè genitori, nè ascendenti, ma fratelli e sorelle e i loro discendenti, la sua eredità è devoluta ai medesimi per capi e per stirpi, secondo che succedono tutti per ragion propria o tutti o alcuni di essi per diritto di rappresentazione.

Ma i fratelli e sorelle consanguinei ed uterini o i loro discendenti conseguono la sola parte della quota spettante ai germani (art. 740). Questa disposizione è conseguenza naturale del principio che regola la successione sul presunto affetto del defunto, il quale affetto dovendo supporsi minore verso il fratello unilaterale, è giusto che riceva la metà della quota spettante ai germani. Più duro il diritto romano stabiliva che i fratelli e sorelle unilaterali fossero esclusi dai germani. Al contrario secondo le leggi napoletane del 1819 niuna distinzione si faceva tra i germani ed i fratelli unilaterali per rispetto alla successione; il che non era certo da commendarsi.

In mancanza dei germani e dei loro discendenti, gli unilaterali e i loro discendenti dividono la intera eredità per capi o per stirpi, secondo che succedono tra loro o coi discendenti degli altri germani premorti.

Le parole adoperate dalla legge, che cioè agli unilaterali debba attribuirsi la sola metà della quota *spettante* ai germani, ha dato luogo ad una grave disputa per sapersi se debba intendersi la quota di *fatto* o la *quota* di dritto. Ad esempio nella successione di cinque fratelli, quattro germani, ed un solo consanguineo od uterino, ed un' eredità netta di lire 10,000, noi diremo che al fratello unilaterale spetteranno lire 1000, e le altre lire 1000 andranno ad accrescere la quo-

ta degli altri quattro germani; sicchè costoro avranno lire 2250 per cadauno, e l'unilaterale avrà lire 1000, cioè al di sotto della metà della quota che prendono i germani, per la necessità aritmetica che quando si toglie ad una quota, e si accresce ad un'altra, questa raggiunge una cifra maggiore della doppia metà (1).

§ 406.° Il quarto ed ultimo ordine di parenti legittimi si compone dei collaterali dal quarto al decimo grado, cioè dai fratelli cugini in poi. Epperò se il defunto non lascia discendenti, nè genitori, nè ascendenti, nè fratelli o sorelle, ovvero discendenti da essi, la successione si apre a favore dei congiunti più vicini al medesimo, senza distinzione di linea paterna e materna, purchè non oltrepassino il decimo grado (art. 742); e ciò sia perchè oltre questo grado i rapporti di famiglia sono affievoliti per modo da non potersi presumere più lo affetto da parte del defunto, sia perchè vien meno il dovere di lasciare eredi individui di gradi così lontani. Inoltre una tale parentela per essere comprovata dà luogo a difficoltà inestricabili, a liti dispendiose, ed allo sperpero del patrimonio del defunto tra un numero considerevole di persone.

Secondo il codice francese e le leggi napolitane del 1819 il diritto di succedere *ab intestato* nella linea collaterale si estendeva fino al dodicesimo grado. Ma secondo l'antico diritto romano la successione si ammetteva illimitatamente anche nella linea collaterale: *Nam* dice Ulpiano, *post suos et consanguineos statim mihi proximus et consanguinei mei filius et ego ei, patris quoque frater qui patruus appellatur, deincepsque caeteri qui sunt hinc orti in infinitum* (2). Ma Giustiniano accortosi delle difficoltà di provare la parentela oltre un determinato grado in questa linea, e considerando che dopo di esso non possono più supporsi sentimenti di doveri e di affezione tra congiunti in gradi molto lontani, restrinse il diritto di succedere fino al decimo grado tra gli agnati ed al settimo tra cognati: *Adgnationis quidem iure admitti aliquem ad haereditatem etsi decimo gradu sit* (3). Molti però credono che con queste parole Giustiniano non intese di restringere la successione al decimo grado, ma piuttosto indicare con un esempio la differenza che intercedeva fra quella degli agnati, e quella dei cognati, i quali non succedevano oltre il settimo grado. Ma la quistione pare risoluta dallo stesso Giustiniano, il quale chiamò gli agnati alle più remote successioni: *Caeterum inter masculos quidem agnationis iure haereditas etiamsi longissimo gradu sint, ultro citroque capitur* (4); ed unitamente ad essi chiamò i cognati con la regola della prossimità del grado, senza alcuna limitazione: *Omnes deinceps*

(1) Vedi nel nostro senso Pacifici Mazzoni, Ist. l. 8 211, pag. 58; Corte di Appello di Napoli 5 agosto 1858; Corte di Cass. di Torino 24 feb. 1870. Nel senso della quota di fatto Corte di Cass. di Napoli 10 febb. 1810, e Corte di C. di Torino del 7 luglio 1872.
(2) Vedi la leg. un. Cod. unde vir et uxor.
(3) Inst. § ult. de success. cognat.
(4) Gust. § 3 princ. de leg. agnat. tut.

a latere cognatos ad haereditatem vocamus secundum uniusquisque gradus praerogativom (1).

SEZIONE IV.

DELLA SUCCESSIONE DEI FIGLI E GENITORI NATURALI.

§ 407.° Dopo che la legge si è occupata della successione dei parenti legittimi, si interessa della classe meno avventurosa dei figli naturali. Sebbene rispetto a costoro la morale trovasse a sindacare la natura delle unioni dalle quali derivano; pure la legge civile vi trova degli uomini, e deve interessarsi della loro posizione, fino a quel punto che è compatibile coi riguardi dovuti ai principi di morale, ed alla necessità di usare la maggior considerazione per la prole nata dalla legittima unione coniugale.

§ 408.° I figli naturali si distinguono in due classi: 1° in figli i cui genitori potevano all'epoca del loro concepimento contrarre matrimonio; 2° in figli incestuosi o adulterini.

Nell'antico diritto romano ai figli naturali della prima serie, non si accordava alcun diritto esistendo figli legittimi del padre comune o la moglie; ma in di loro mancanza il pretore li ammetteva a succedere con l' editto *unde cognati*, attribuendo ad essi il possesso dei beni. Valente e Graziano attribuì loro un'oncia quando il padre aveva figli legittimi, cioè la dodicesima parte dell' eredità, che dovevano dividerla con la madre, ma non potevano nè per testamento, nè per donazione ricevere più di questa quota sì insufficiente (2). Non erano ammessi a succedere agli avi od agli altri parenti stante la massima: *Vulgo quaesitos nullos habere parentes manifestum est* (3), ritenendosi fuori famiglia: *Nec genus nec gentem habent*. Succedevano alla madre anche nel concorso dei figli legittimi; purchè però essa non fosse stata di nascita illustre; e succedevano eziandio a tutti gli ascendenti e cognati materni anche per diritto di rappresentazione (4).

Gl' incestuosi ed adulterini, come abbiamo detto dinanzi, non potevano ricevere neanco gli alimenti, avuto riguardo alla loro dannata origine: *Ex complexu nefario, seu incesto, seu damnato liberi, nec naturales sunt nominandi, omnis paternae substantiae indigni beneficio, ut nec halentur a patre* (5).

In seguito Giustiniano dispose che i figli naturali nella mancanza dei legittimi e della moglie del padre naturale, a costui succedessero in due once, cioè nella sesta parte dell' eredità, da dividersela in eguali

(1) Nov. 118.
(2) Cod. Theodos. de lib. natu..
(3) Iust. de success.
(4) L. 9 Dig. unde cognati ad S. D. Orphitian.
(5) Inst. de success. ad intest. veteri iure. e l. Cod. de incest. nupt.

porzioni con la loro madre: essendovi figli legittimi, o la moglie legittima, non accordò loro che i semplici alimenti (1).

Alla successione materna non apportò alcuna modificazione. Dispose inoltre che i figli naturali, sebbene procreati da genitori diversi, purchè nati dalla madre medesima succedessero scambievolmente tra di loro, e succedessero pure ai cognati per parte della madre, siccome costoro potevano reciprocamente ad essi succedere; ma che i fratelli naturali nati da madri diverse e da uno stesso padre non succedessero nè fra di loro, nè coi figli legittimi del comune genitore (2). E da ultimo dispose che i figli nati da condannate unioni non dovessero nè succedere fra di loro, nè agli altri, e confermò la legge anteriore che negava ai medesimi anche gli alimenti (3).

Nel diritto patrio antico di queste nostre provincie si osservarono le leggi romane, che allora costituivano il diritto comune, e si concedettero i soli alimenti ai figli incestuosi ed adulterini; e ciò per pratica del foro introdotta dal diritto canonico (4); e per la stessa pratica furono ammessi a succedere fra di loro.

Le leggi francesi del 1793 li ammisero a succedere insieme coi legittimi ed al modo stesso di costoro; ma siccome le leggi che non hanno il loro saldo fondamento su la morale e la pubblica opinione cadono sollecitamente, così fu tantosto abrogato questo trattamento uguale; ma le leggi posteriori eccedettero per un altro verso, e negarono ai figli naturali financo la qualità di eredi (art. 758) riconoscendo in loro favore un semplice *diritto di credito;* e ciò su l'idea che la successione essendo un diritto di famiglia, non poteva competere a coloro che ne erano privi. Per tal modo fu stabilito che così nella paterna come nella materna successione, se il padre o la madre avesse lasciato discendenti legittimi, essi non potevano aspirare che al terzo della porzione ereditaria, che avrebbero conseguita se fossero stati legittimi: alla metà se non avessero lasciati discendenti: ma bensì ascendenti, o fratelli, o sorelle; ai tre quarti qualora il padre o la madre non avessero lasciati nè ascendenti nè discendenti, nè fratelli o sorelle; e finalmente alla totalità quando non avessero lasciati altri parenti in grado successibile (art. 757 e 758).

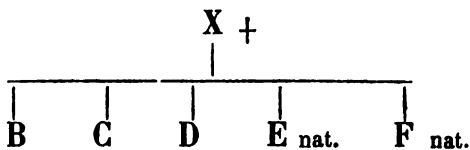
Le nostre leggi civili del 1819 riconobbero nei figli naturali la qualità di eredi, e li ammisero a succedere nella metà della porzione che sarebbe loro spettata se fossero stati legittimi, quando i genitori lasciassero figli o discendenti o ascendenti legittimi; e per due terzi quando esistessero congiunti collaterali in grado successibile; e nella totalità in di loro mancanza (art. 674). Nondimeno si elevò grave disputa per sapersi se questo modo di succedere era relativo al solo padre, od anche alla madre.

(1) Nov. 89, cap. 2.
(2) Inst. cod. tit.
(3) Nov. 74 e 89.
(4) Vedi il cap. cum haberet de eo, qui duxit uxorem.

Sul riguardo si emanò anche il sovrano rescritto dell' anno 1845, il quale assegnava ai figli legalmente riconosciuti la metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero stati legittimi sul patrimonio dei genitori; ma l' ultima giureprudenza volle riconoscere una differenza che secondo noi non era consigliata dalla morale e dalla legge, ammettendo i figli naturali a prendere su la successione della madre la stessa quota dei legittimi; ma con savio pensamento il novello codice non ha segnato codesta differenza che non era consentita dalle regole indeclinabili della pubblica morale, e dal riguardo pei figli nati dalla legittima unione matrimoniale anche su la successione della madre.

§ 409.° Il novello diritto italiano, migliorando sempre più la condizione dei figli naturali, li ammette a partecipare alla successione dei genitori che li hanno riconosciuti, o dei quali sieno stati dichiarati figli nei casi di eccezione in cui per legge è ammesso il riconoscimento forzoso. Ma essi non hanno diritto su' beni dei congiunti del padre o della madre, sieno costoro figli, discendenti, ascendenti e collaterali, poichè il riconoscimento e la dichiarazione di paternità fatta dal magistrato nei casi di eccezione previsti dalla legge, non rendono civili che i rapporti di parentela naturale fra genitori e figli (art. 743, 749).

Egli è indifferente che la dichiarazione di paternità abbia avuto luogo in vita o dopo la morte del genitore, poichè il suo effetto in entrambi i casi retroagisce al giorno della nascita; epperò la legge di questo tempo dev'essere consultata per decidere la relativa quistione di stato.

Circa la quota che la legge accorda ai figli naturali, è d'uopo vedere con quali altri parenti si verifica il loro concorso. Se essi vengono alla successione insieme coi figli legittimi, legittimati ed adottivi o coi discendenti di essi, hanno diritto alla metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero stati legittimi su la eredità di entrambi i genitori o di quello dei due che li abbia legalmente riconosciuti, o di cui sieno stati dichiarati figli (art. 744). S'intende la quota di diritto e non già di fatto, giusta le cose dette per rispetto alla successione dei fratelli unilaterali.

Se la successione di X fosse di lire 5000 spetterebbero a E e F figli naturali lire 500 per cadauno ; e se fosse naturale solo F non prenderebbe che le stesse lire 500, poco interessando che pel rilascio della sua metà si accresce la porzione dei legittimi, al di là del doppio della quota di fatto che prende l'unico figlio naturale in tal caso. Se egli legittimo avrebbe preso lire 1000, è giusto che nella qualità

di figlio naturale prenda la semplice metà su detta cifra, non già la metà dei 1125 che nel fatto prendono i quattro fratelli legittimi, dopo che la quota si è accresciuta per le lire 500 che è costretto di lasciare il loro fratello naturale.

I discendenti dei figli legittimi concorrono coi naturali, tanto se succedono per rappresentazione, quanto se succedono per ragion propria.

Se il genitore del figlio naturale non lascia superstiti figli legittimi o loro discendenti, o questi rinunzino alla successione; ed invece lascia il padre e la madre o l'uno di essi, o altri ascendenti legittimi, qualunque ne sia il grado o il numero, oppure il coniuge, i figli naturali succedono nei due terzi dell'eredità, e il resto si devolve agli ascendenti o al coniuge.

Se i figli naturali concorrono ad un tempo con gli ascendenti e col coniuge del genitore, detratto il terzo dell'eredità a favore degli ascendenti, e il quarto a favore del coniuge, la rimanente eredità si devolve ai figli naturali (art. 745).

Da ultimo quando al genitore del figlio naturale non sopravvivono nè discendenti legittimi, nè ascendenti, nè il coniuge, o questi abbiano rinunziato alla eredità, i figli naturali succedono in tutta la eredità (art. 747). In tal caso restano esclusi tutti i fratelli e sorelle del defunto, i discendenti degli altri fratelli premorti, e tutti gli altri parenti collaterali del defunto di grado ulteriore.

§ 410.° Tutto ciò che i figli naturali hanno ricevuto dal loro genitore per atto tra vivi va soggetto a collezione, giusta il diritto comune, e se si trovano in concorso coi discendenti ed ascendenti legittimi del medesimo, debbono conferirlo nella massa ereditaria. Le rispettive quote ereditarie debbono essere fissate su tale massa; e i figli naturali debbono imputare le cose ricevute dal genitore. Epperò se queste sieno minori della porzione ereditaria che loro spetta, avranno diritto soltanto al supplemento; e se sieno maggiori, dovranno essere ridotte, essendo in tale ipotesi i figli naturali incapaci di ricevere per donazione più di quanto la legge attribuisce loro per successione intestata (art. 746 comb. con gli art. 768 e 1053). Per questa medesima ragione i figli naturali dovranno imputare nella loro quota quello che hanno ricevuto per testamento dai loro genitori, morti in parte testati e in parte intestati, e subire eventualmente la riduzione (art. cit. e arg. art. 1008).

I figli naturali sono tenuti a fare la collazione od imputazione delle cose precedentemente ricevute, non ostante qualunque dispensa; e ciò per evitare che essi superino od almeno uguaglino la quota dei figli legittimi, rendendo per tal modo di niuno effetto le restrizioni ammesse dalla legge.

§ 411.° Riconoscendosi in pro' del figlio naturale un vero dritto successorio, ne deriva che egli gode del dritto di accrescimento, ha diritto alla collazione da parte de' successori legittimi, gli sono dovuti i frutti dal giorno dell'apertura della successione, profitta di tutto ciò

che l' aumenta, e gli nuoce tutto ciò che la diminuisce, ha diritto di procedere agli atti necessari per assicurare il patrimonio ereditario, di chiedere la riduzione delle donazioni che violano la sua quota di riserva sul patrimonio del genitore, e di chiedere la divisione dei beni come ogni altro erede. Nondimeno quando il figlio naturale si trovi in concorso coi figli legittimi del defunto o coi loro discendenti, non consegue di diritto il possesso dei beni ereditari, ma deve dimandarlo ai figli legittimi, o ai loro discendenti (art. 925, e 927).

Se la eredità comprenda beni immobili, i medesimi figli legittimi o i loro discendenti hanno la facoltà di pagargli la quota dei beni immobili o in natura o in denaro; e ciò nel fine di evitare l'eccessivo frazionamento della proprietà immobiliare (art. 744). Ma finchè non sia soddisfatto delle sue ragioni, conserva i suoi diritti di comproprietà anche su tutti gl' immobili ereditarii, come ogni altro erede del genitore (arg. art. 919.)

§ 412.° I discendenti legittimi o legittimati del figlio naturale premorto possono reclamare i diritti successori che a quello sarebbero appartenuti, se fosse stato vivo, estendendosi ad essi dai genitori naturali del loro padre o della loro madre l'effetto della parentela legalmente riconosciuta o dichiarata (art. 748). Questa facoltà appartiene ai medesimi anche nel caso che i loro genitori sieno assenti o esclusi dalla successione per indegnità, o vi abbiano rinunziato. Nel caso di assenza o d'indegnità possono valersene tanto per ragione propria, quanto per rappresentazione, e nel caso di rinuncia non possono invocarla per ragione propria, purchè manchino i coeredi ai quali si accresca la parte del rinunziante. Sono del resto applicabili ai discendenti del figlio naturale che lo rappresentano tutte le regole concernenti la collazione, l'imputazione e la riduzione della liberalità, alle quali nei rispettivi casi può essere tenuto, o aver diritto il figlio naturale riconosciuto o dichiarato tale.

§ 413.° La successione del figlio naturale riconosciuto o dichiarato spetta ai genitori che l'hanno riconosciuto, e dei quali è stato dichiarato figlio e il suo coniuge. E fuori di queste persone, niun altro è chiamato a succedergli, specialmente i parenti legittimi del genitore, sieno figli legittimi, ascendenti o collaterali (art. 749), e neanco i suoi fratelli naturali germani (art. 742).

Egli è utile di osservare che i genitori del figlio naturale sono chiamati a succedergli, purchè lo stesso non lasci prole, cioè figli legittimi, naturali ed adottivi di lui, o i loro discendenti, poichè tutti costoro escludono il padre naturale del loro autore immediato o mediato, come nei rispettivi casi i figli legittimi escludono i loro ascendenti legittimi (art. 750.

Il coniuge del figlio naturale defunto succede tanto coi discendenti legittimi, quanto coi figli naturali del defunto stesso (art. 754 e 755).

Se il figlio naturale lasci solamente i genitori, l'eredità è devoluta per metà a ciascuno di essi, se fu riconosciuto o dichiarato figlio da

entrambi; altrimenti sarà devoluta per intero a quello dei genitori che lo abbia riconosciuto o del quale sia stato dichiarato figlio (art. 750).

Se il figlio naturale lasci il solo coniuge, l'eredità è devoluta al medesimo per intero (arg. art. 750 e 755). Se poi lasci il coniuge insieme al genitore, l'eredità si devolve per una metà al coniuge, e per l'altra al genitore od ai genitori giusta le cose dette di sopra (art. 750 e 751).

§ 414.° Niun diritto di successione è accordato alla seconda classe dei figli naturali, cioè agl'incestuosi o adulterini, poichè niun rapporto la legge riconosce tra essi ed i loro genitori: ei sarebbe stata la più grave offesa alla morale di attribuire effetti di legge per rispetto alla successione alle più flagranti violazioni alle regole della morale e delle leggi.

Solo è conceduto ai figli adulterini ed incestuosi il diritto agli alimenti, ove fossero stati indirettamente riconosciuti in un giudizio civile o penale, o per dichiarazione espressa dei genitori (art. 752). Questi alimenti si devono dai genitori durante la loro vita, ed anche su la loro successione; ma essi non costituiscono un diritto successorio da dar luogo a divisione dei beni ereditari, ma un solo diritto di credito coi privilegi inerenti ad ogni assegno a titolo alimentario, e salva la condizione del bisogno. Gli alimenti competono ai figli adulterini ed incestuosi contro i successori legittimi o naturali dei loro genitori, ed anche contro il coniuge del defunto, o lo Stato, quando i beni fossero ad esso devoluti in mancanza di ogni altro erede.

Gli alimenti debbono essere loro assegnati in proporzione delle sostanze del padre o della madre, de' figli adulterini o incestuosi, del bisogno di questi, e del numero e della qualità degli eredi legittimi o chiamati dalla legge; assegnando per riguardo a questa qualità gli alimenti tanto meno pingui, quanto è più favorita la classe a cui i successori appartengono (art. 752). Le sopraddette regole non sono applicabili ai figli semplicemente naturali non riconosciuti, nè dichiarati, ma a quelli soltanto de' quali consti legalmente la filiazione.

Al contrario il genitore de' figli adulterini o incestuosi, e de' figli semplicemente naturali non riconosciuti nè dichiarati, nè qualunque de' suoi congiunti hanno diritto alcuno sulle successioni de'medesimi, essendo esse devolute o ai loro discendenti legittimi o naturali, o al loro coniuge o allo Stato, secondo il diritto comune.

Non hanno diritto neanche agli alimenti, poichè niuno può trarre vantaggio dalla propria turpitudine.

SEZIONE V.

DEI DIRITTI DEL CONIUGE SUPERSTITE.

§ 415.° Egli è facile di comprendere che l'intimo sodalizio dei coniugi, l'assidua e comune partecipazione ai travagli della vita, le co-

muni cure prestate alla prole, costituiscano tali vincoli, che la legge non può e non deve rinnegare. Se essa fonda la successione intestata sul presunto affetto e dovere da parte del defunto, non può non considerare il coniuge, verso del quale il defunto ha doveri da compiere, e non può non nutrire i maggiori sentimenti di affetto e gratitudine che la comunanza della vita fa sorgere verso la persona dell'altro coniuge.

Il diritto romano non conosceva di regola la successione fra coniugi. Nei primi tempi l'istituzione della *in manu conventio* rendendo soggetta la moglie alla potestà del marito, non lasciava successione di sorta. Premorendo il marito la moglie veniva alla successione di lui in concorso dei figli eredi suoi (*loco filiae*). Nel caso di matrimonio libero, senza la *conventio in manu*, mancava fra i coniugi il vincolo di agnazione, sul quale riposava esclusivamente il diritto ereditario, e questo non era quindi possibile fra i coniugi.

L'editto pretorio sul possesso dei beni, modificando profondamente il sistema ereditario con far prevalere il vincolo del sangue e la presunta affezione, chiamò dopo i congiunti del defunto, il coniuge alla successione dell' altro (*unde vir et uxor*). Giustiniano introdusse la quarta detta *uxoria* in favore della vedova povera sull'eredità del marito, chiamandola alla successione anche in concorso dei discendenti, imprimendo anzi a tale quota il carattere di riserva.

Il codice francese abolì la quarta devoluta al coniuge povero. Essendo prevalente in Francia il sistema della comunione dei beni, trovavasi in altro modo assicurata al coniuge una partecipazione indiretta sulla fortuna dell' altro; quindi il coniuge non era chiamato alla successione, se non mancando i congiunti in grado di succedere. Le leggi napolitane del 1819 e quelle di Parma ristabilirono il diritto alla quarta parte dell'eredità in favore del coniuge povero, ma in semplice usufrutto, e così in modo più limitato di quello stabilito dalla legge romana, che l'attribuiva in piena proprietà quando il coniuge non si trovava in concorso dei discendenti.

§ 416.° Il codice italiano, migliorando sempreppiù la successione del coniuge superstite, regola la stessa nel seguente modo.

Se al coniuge defunto sieno superstiti figli legittimi, l'altro coniuge, sia o no il genitore di questi, ha su l' eredità di lui l' usufrutto di una porzione ereditaria eguale a quello di ciascun figlio, compreso nel numero dei figli anche il coniuge (art. 753). Anche in questo caso, sotto la voce di figli legittimi concorrano i legittimati e gli adottivi. L' usufrutto del coniuge è di una porzione eguale a quella che tocca a ciascun figlio legittimo (art. 753).

Tanto nel primo, quanto nel secondo caso però la porzione di usufrutto del coniuge non può esser maggiore del quarto dell' eredità (art. 753). Questa disposizione è applicabile anche nel caso che in luogo dei figli naturali consuccedano coi figli legittimi i discendenti di quelli; (art. 748).

La porzione di usufrutto, qualunque ne sia la quantità, può esser soddisfatta tanto dai figli legittimi, quanto dai figli naturali del predefunto, che si trovano in concorso, o mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia, o mediante l' assegno di frutti di beni immobili o capitali ereditari, da determinarsi d'accordo, o altrimenti dall'autorità giudiziaria avuto riguardo alle circostanze del caso. In tal modo si evita che il peso dell'usufrutto graviti sui beni ereditari; il che può nuocere al diritto di alienazione, specialmente ove si consideri che un tal peso si estende su tutte le porzioni dei beni ereditari anche dopo compiuta la divisione.

Sino a tanto che il coniuge non sia soddisfatto delle sue ragioni, conserva i suoi diritti di usufrutto su tutti i beni ereditari.

Se il coniuge defunto non lasci figli legittimi, ma ascendenti o figli naturali, o fratelli o sorelle o loro discendenti, è devoluta in proprietà al coniuge superstite la terza parte dell' eredità. Ma se col coniuge concorrono ad un tempo ascendenti legittimi e figli naturali, esso non ha diritto che alla proprietà del quarto dell'eredità (art. 754). Al contrario il concorso dei fratelli o sorelle del defunto con gli ascendenti o coi figli naturali o con gli uni e gli altri, non nuoce punto ai diritti del coniuge superstite (arg. art. 754).

Quando il defunto non lasci i detti congiunti, ma altri parenti successibili, come per esempio, degli zii, dei cugini, l'eredità si devolve al coniuge per due terzi (art. 755).

Infine gli si devolve per intero nel caso che il defunto non lasci parenti successibili entro il sesto grado (art. 755): anche in questa successione gli effetti dell'essenza, dell'incapacità e della rinunzia sono regolati dal diritto comune.

Il coniuge concorrendo con gli altri eredi, qualunque ne sia la qualità, deve imputare alla sua porzione ereditaria ciò che acquistò dal defunto in forza delle convenzioni matrimoniali e dei lucri dotali (art. 756).

Per aver luogo la successione del coniuge è necessario che il defunto non abbia ottenuto contro di lui una sentenza di separazione passata in giudicato, perciocchè da una parte la separazione personale costituisce per lui una specie d'indegnità, e dall' altra egli, dopo aver conculcate le relazioni di affetti e violati i doveri coniugali, non può esser chiamato a succedere per affezione presunta del defunto, senza far oltraggio alla verità e alla coscienza pubblica. Nè deve trascurarsi che ciò serve anche a rattenere un coniuge nei limiti dei suoi doveri verso dell' altro (art. 757). Alcuni credono che per formale disposizione di legge, non basti che sia stata pronunziata sentenza di separazione, ma si richiede che questa sia passata in giudicato, e che gli eredi di un coniuge il quale abbia intentata l'azione di separazione, non possano proseguirla. Noi abbiamo già espresso avviso contrario sul principio che tutte le azioni personali una volta introdotte in giudizio possono proseguirsi dagli eredi. Se la stessa azione di rifiuto di paternità può essere continuata dagli eredi, non troviamo ra-

gione perchè debba dirsi il contrario in fatto di separazione personale. E sarebbe veramente strano che per la morte di un coniuge, forse accelerata dai maltrattamenti dell'altro, debba costui lucrare una successione, come premio della sua prepotenza, e dei dissapori arrecati al coniuge predefunto. Se la legge parla di sentenza passata in giudicato, indica la condizione giuridica essenziale per escludere l'altro coniuge, non essendo certo all'uopo sufficiente una semplice sentenza diffinitiva passibile dei gravami legali. Ma egli è del tutto indifferente che la sentenza si formi tra gli stessi coniugi, o tra gli eredi del coniuge offeso ed il coniuge colpevole, ove l'azione trovisi introdotta mentre il primo era vivente.

Se la separazione sia stata pronunziata per colpa d'entrambi i coniugi, la perdita della successione s'incorre da entrambi, poichè la sentenza si trova profferita contro ambedue i coniugi, ed entrambi devono essere puniti considerandosi estranei l'uno dell'altro.

Ma se la sentenza di separazione siesi ottenuta dal coniuge superstite contro il defunto succede a costui, poichè la perdita della successione è una pena, e questa è personale al solo coniuge colpevole. Se infine la separazione abbia avuto luogo per mutuo consenso, la successione ha indistintamente luogo a favore di quello de' due che sopravvive, poichè legalmente ignorasi quale de' due coniugi abbia dato causa alla separazione (arg. art. 757).

Se in vita de' coniugi la separazione cessò per effetto della riconciliazione avvenuta dopo che la sentenza ha fatto passaggio in cosa giudicata, la successione ha luogo, come se quella non fosse stata pronunziata, poichè l'effetto della riconciliazione toglie ogni efficacia alla stessa sentenza di separazione.

SEZIONE VI.

DELLA SUCCESSIONE DELLO STATO.

§ 417.° In mancanza di ogni altro erede la successione si spetta allo Stato, non essendo regolare che resti la proprietà preda del primo occupante. D'altronde è naturale il supporre che l'uomo che non ha parenti da amare, e verso i quali deve adempiere dei doveri, volge a preferenza gli affetti alla sua patria, e desidera che i suoi beni si devolvano alla stessa. Le antiche legislazioni non disposero diversamente: *Jure debet gravitas tua, intestatorum res qui sine legitimo haerede decesserint, fisci nostri rationibus vindicandas* (1).

§ 418.° Secondo le leggi romane al fisco erano preferiti taluni individui o talune particolari corporazioni; quindi se il defunto fosse stato membro di qualche corpo morale lecito e privilegiato, la sua eredità raccoglievasi dallo stesso corpo, come la curia ai decurioni (2), la

(1) L. 1. Cod de bon. vacant.
(2) L. Cod. de haered. decur.

legione ai suoi soldati (1), la chiesa o il monastero al prelato, al chierico, al diacono, alla diaconessa, al monaco, alla monaca, ed a qualunque altro ministro ecclesiastico (2), all' avvocato il collegio degli avvocati (3), allo studente, l' accademia (4).

In queste nostre provincie, essendo in osservanza il diritto canonico, il monistero succedeva a preferenza del fisco; e per la legge dei 29 dicembre 1828 prima dello Stato succedeva lo stabilimento di beneficenza nei beni dell' esposto; e per l' altra del 1856 succedeva lo stabilimento dell'orfanatrofio militare nei beni dell'orfano morto senza eredi.

Nel tempo della formazione del codice civile vigente fu proposto di stabilirsi che la successione degli esposti, i quali non lasciano superstiti discendenti nè conjugi, fosse devoluta, in preferenza dello Stato, a quello stabilimento di pubblica beneficenza cui l'esposto appartenesse od abbia appartenuto. Ma una tale proposta fu rigettata, avvegnachè si disse che le ragioni di equità su le quali tale disposizione sarebbe fondata, accennerebbero ad un ordine d' idee affatto diverse da quelle su cui è basata la successione legittima, la quale deve dipendere unicamente dai fatti costanti della parentela e del vincolo coniugale; che il legislatore non può addentrarsi nella contemplazione di fatti accidentali e mutabili e di ragioni speciali, le quali valgono bensì a guidare la volontà espressa dal testatore che per riconoscenza, per benevolenza, per carità, o per altro motivo qualunque lasci le sue sostanze a taluni, ma non possono seguire di guida alla legge per supplire la volontà; ed altronde accettando il principio per un caso bisognerebbe estenderlo ad altri pe' quali si avrebbero le stesse e forse maggiori ragioni di equità, ciò che sarebbe impossibile di fare non solo senza inconvenienti e pericoli, ma anche senza travisare e sconvolgere tutto il sistema delle successioni intestate (5).

Non raccogliendo lo stato i beni a titolo di successione, ma di devoluzione, esso non risponde verso i creditori dell' eredità che fino all' ammontare dei beni che riceve.

CAPO II.

DELLE SUCCESSIONI TESTAMENTARIE.

§ 419.° Dopo la successione legittima è d' uopo trattare della testamentaria.

I monumenti dell' antica istoria somministrano le prove dell'uso dei

(1) L. 2, cod. tit. e 5 Dig. de iniust. rupt. irr. test.
(2) Nov. 151 cap. L. 20 Aust. Cod. de Episc. et cler.
(3) L. 14 Cod de ad voc.
(4) Arg, auth. God. no fil. pro patre.
(5) Commiss. legisl. seduta degli 11 Maggio 1865.

testamenti , senza che l' epoca si possa scoprire in cui ebbero principio. Ne usarono gli Egizii, i Lacedemoni, gli Ateniesi, e gli abitatori delle contrade tutte della antica Grecia. Presso i Romani la legge relativa ai testamenti era così espressa : *Pater familias uti legassit super pecunia, tutelave rei suae, ita ius est*. Questa si estesa facoltà di disporre nasceva dacchè i Romani per la particolare organizzazione della loro società, la quale difettava di un potere pubblico solido e vigoroso, trovarono indispensabile di accordare al padre di famiglia un'autorità assoluta. Essi temettero che la legge traviasse, piuttosto che l' affezione dei padri, e questa presunzione fu una delle basi del loro governo.

I testamenti erano conosciuti presso i Galli prima che vi fosse introdotto il dritto romano. E il gran Margolfo nella sua raccolta di formole, ha conservate quelle, le quali veniano impiegate per trasmettere i beni per mezzo del testamento. La facoltà di disporre sia per donazione che per testamento, fa parte della legislazione di tutti i popoli di Europa, e quindi possiamo dire che il sentimento della beneficenza, comune a tutti gli uomini, rese necessari i testamenti e le donazioni che sono intesi ad esercitare sì nobile virtù.

Pur tuttavolta molti sono coloro, che addolorati dalle frequenti deviazioni della volontà umana nell' usare del diritto di disporre, ripetono col Bentham che il testamento è un' assurdità, e che la legge civile è, e dev'essere la sola arbitra suprema della trasmissione dei beni, onde evitare che restino in preda del primo occupante; il che non deve tollerarsi in una società civile. Altri combattono siffatte idee , riguardandole come quelle che possono far crollare i fondamenti dell'ordine sociale, alterando i principii sul dritto di proprietà, e pensano che questo dritto consiste essenzialmente nel potere che ha ciascuno di disporre come meglio crede delle sue cose ; che se la sua disposizione non dee aver luogo prima della morte , ella è però fatta durante la vita; e che negandosi la libertà di disporre si ridurrebbe la proprietà ad un semplice usufrutto. Che la legge non dee, nè può aver per oggetto che l'ordine generale delle famiglie; i suoi sguardi non possono fissarsi su ciascuna di esse, nè penetrare nel suo interno per calcolare le risorse, la condotta, i bisogni di ciascuno dei suoi membri, per regolare ciò che meglio converrebbe alla sua proprietà. Questi mezzi di convenienze può averli il solo padre di famiglia: la sua volontà sarà dunque meglio adattata ai bisogni, ed ai vantaggi particolari della propria famiglia. Lasciando agire la volontà dell' uomo, il vantaggio che la legge può ricavarne è tanto prezioso da non doverlo trascurare ; epperò ella altro preveder non deve se non gl' inconvenienti che risultar potrebbero se si abbandonasse interamente la sorte della famiglia a questa volontà (1).

Altri disse che la facoltà di far testamento è necessaria per lo

(1) Motivi del codice civile francese.

appagamento delle più soavi affezioni del cuore umano; è uno stimolo potentissimo al lavoro, all'aumento della ricchezza, al perfezionamento delle scienze, delle arti e dell' industria; è un mezzo efficacissimo pel padre di contenere i figli nei limiti del dovere, ed in qualunque altro cittadino di premiare la virtù e punire il vizio; e conseguentemente è un bisogno individuale e sociale. Il che spiega il motivo per cui l' uso dei testamenti, coevo al genere umano, venne mantenuto presso i popoli più civili di tutte le età, ed i legislatori posero sempre gran cura nel regolare siffatta istituzione in modo, che, cessato ogni pericolo di frode e di abuso, la medesima riuscisse fonte di bene privato e pubblico (1).

Quanto a noi, sebbene non siamo molto entusiasti dell'uso dei testastamenti, poichè la società deve a siffatta istituzione molte antiche e recenti ingiustizie, e molte viete istituzioni, come i fedecommessi, i maggiorati, i divieti di alienare, lo spoglio di tanti eredi legittimi, per arricchire oziosi, cortigiani o fanatici estranei del tutto al testatore; pure crediamo che non è in potere della legge di sopprimere il testamento, poichè si toglierebbe una facoltà all'uomo savio, la quale può riuscire preziosa in molti rincontri, e sorgerebbero altri atti simulati che ne farebbero le veci. Solo è indispensabile che il legislatore infreni nel miglior modo la facoltà di disporre in quei maggiori limiti che sono richiesti per evitare le indebite spoliazioni dei più stretti congiunti ed una eccessiva disuguaglianza contraria ai principii del novello diritto positivo.

§ 420.° Il testamento è un atto rivocabile col quale taluno, secondo le regole stabilite dalla legge, dispone pel tempo in cui avrà cessato di vivere di tutte le proprie sostanze o di parte di esse in favore di una o più persone (art. 759). Non più conosciuta la donazione *causa mortis* dei Romani, non èvvi altro modo che il testamento con cui alcuno possa disporre pel tempo in cui avrà cessato di vivere di tutto o di parte dei suoi beni. Abolito il principio di non potersi morire parte testato e parte intestato, tutti i beni dei quali il testatore non ha disposto vengono divisi in conformità della legge agli eredi chiamati secondo l'ordine delle successioni.

§ 421.° Se le disposizioni testamentarie comprendono l'universalità od una quota dei beni, come la metà, un terzo, un quarto, un quinto, tutti i mobili o tutti gl' immobili, sono a titolo universale, ed attribuiscono la qualità di erede, con gli obblighi inerenti a siffatta qualità: le altre disposizioni sono a titolo particolare, come se si lasci una somma determinata, tuttochè ingente, o un oggetto particolare, come un fondo, un orologio, od altro oggetto qualunque, e attribuiscono la qualità di legatario (art. 760). Per vedere se la disposizione è a titolo universale o particolare, bisogna assodare se il testatore lasciò una parte intellettuale dell'eredità, come un terzo, un quarto ec., ovvero una cosa definita nella quantità o nel valore, come una casa, un credito, un

(1) Prof. Precerutti 14. pag. 532.

oggetto mobile: specialmente è d'uopo assodare se furono trasferite le speranze e i diritti eventuali che al testatore si appartenevano.

§ 422.° Il testamento, dovendo essere la espressione della volontà individuale del testatore, non può farsi da due o più persone nel medesimo atto, sia a vantaggio di un terzo, sia per disposizione reciproca (art. 761); avvegnachè messo il principio della rivocabilità del testamento può uno dei due cangiarlo alla insaputa dell'altro; e se la legge dovesse renderlo in tal caso irrevocabile, si altererebbe la natura del testamento che è quella di essere un atto essenzialmente rivocabile, poichè la volontà dell'uomo è ambulatoria fino alla morte; e mutate le circostanze dei chiamati in un precedente testamento, dee esser lecito al testatore di poter variare la sua precedente disposizione; epperò sarebbe radicalmente nullo un testamento nel quale figurassero più persone sia che la disposizione fosse reciproca, sia in favore di un terzo.

SEZIONE I.

DELLA CAPACITÀ DI DISPORRE PER TESTAMENTO.

§ 423.° Comunque la facoltà di acquistare e di trasmettere i propri beni competesse ad ognuno, siccome derivazione naturale dal diritto delle genti, pure la legge civile deve apportarvi delle eccezioni in vista di particolari circostanze. E poichè in forza dell'enunciato principio tutti si presumono capaci, sono incapaci quelli che la legge espressamente dichiarati tali.

§ 424.° In primo luogo sono incapaci di testare coloro che non hanno compiuto l'età di diciotto anni, reputando la legge che il cittadino prima di tale età non abbia sufficiente capacità; ma a noi piacerebbe che si prolungasse la incapacità fino al periodo ordinario della età maggiore ad anni ventuno, poichè non sappiamo comprendere come si possa concedere la facoltà di disporre della intera sostanza a diciotto anni a colui, cui è fatto divieto di trasmettere per atto tra vivi una parte benchè minima della stessa. Egli è vero che il minore non nuoce a sè stesso col testamento, poichè l'atto ha efficacia dopo la sua morte; ma se il testamento dev'essere l'effetto di una mente capace ed illuminata, ci pare abbastanza inconseguente che si permetta di far disporre a coloro che la legge ritiene incapaci per ogni altro atto della vita civile: chi non sa i pericoli a cui è esposto il giovane a diciotto anni, e la facilità di suggestioni in questo periodo sì poco inoltrato della vita!

Ma checchessia di ciò, secondo la legge, quegli che ha compiuto la età di diciotto anni, qualunque sia il sesso e la condizione, è capace di fare testamento, nè la donna maritata ha bisogno di autorizzazione in un atto strettamente personale.

§ 425.° Sono incapaci di disporre per testamento gl'interdetti per infermità di mente, non potendo l'interdetto comprendere la natura

e la importanza del testamento (art. 765); ed essendo assoluta una tale incapacità, non si arresta nei momenti di lucidi intervalli, per essere questi difficili ad assodarsi, e non è mica prudente di credere ad una sanità fuggevole di mente, dopo la sentenza che ha interdetto un cittadino.

Al contrario gl'interdetti per sentenza penale, sia che fossero condannati alla pena di morte, sia alle pene minori, non sono impediti di fare testamento (art. 3 leg. trans.). Lo stesso si riteneva per le nostre leggi del 1819 circa il condannato alla pena di morte; ma il condannato alla pena dell'ergastolo si riteneva incapace di testare, e solo potea ricevere per trasmettere i beni ai suoi discendenti (art. 16 leg. pen.). Secondo la detta legge transitoria anche la condizione di coloro che per effetto di condanne penali pronunziate prima dell'attuazione del nuovo codice sono incorsi nella perdita del godimento o dell'esercizio dei dritti civili continua ad essere regolata dalle leggi anteriori; e le incapacità civili non più ammesse dall' art. 3 cessano di dritto dal giorno dell'attuazione del detto codice (art. 4). In conseguenza di che anche i condannati alle più gravi pene, che per effetto delle leggi anteriori non potevano fare testamento, oggi lo possono con la stessa latitudine accordata ad ogni altro cittadino.

Tra gl'interdetti non può essere compreso l'inabilitato, poichè il suo stato non è sì grave da non comprendere l'importanza del testamento; e siccome trattasi di atto essenzialmente e strettamente personale deve farlo senza l'assistenza del curatore (art. 768 e 338). Ma se insieme alle cagioni che fecero inabilitare un individuo, altre concorressero per ritenerlo non sano di mente, il testamento dovrebbe ritenersi nullo per la mancanza di sanità di mente, della quale tratteremo nel seguente paragrafo.

§ 426.° In terzo luogo sono incapaci di testare quelli che, quantunque non interdetti, non sono sani di mente (art. 763, n. 3): *In eo qui testatur eius temporis qui testamentum fecit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est* (1). La legge ha adoperata una frase generale, poichè riusciva impossibile di poter comprendere tutti i casi, i quali designano la non sanità di mente. Essa intende per sano di mente l' individuo che al tempo del testamento era capace di adempiere nel modo ordinario ai suoi doveri, ed aveva sensi retti, senza offrire segni di aver declinato dalle idee che costituiscono la dignità del criterio morale. Epperò la insanità di mente può derivare da uno stato di abituale infermità della stessa mente, da malattie ordinarie congiunte ad un'età cadente, da rendere la persona inconscia dell'atto che ha compiuto, da ubbriachezza, da istantanea e violenta passione, e cause simili. Del resto il vedere se colui che ha fatto il testamento era o no sano di mente, è quistione di fatto che resta abbandonata al giusto criterio del magistrato di merito, nè la stessa può essere pregiudicata dall'assicurazione del notaio di essere il testatore sano di mente,

(1) L. 2. Dig. qui testam. fac. poss.

poichè l'atto del notaio fa piena fede di tutto ciò che si attesta seguito in sua presenza, non già dello stato psicologico del testatore che va assodato nei modi ordinari.

§ 427.° L'incapacità dichiarata nei numeri 2 e 3 nuoce alla validità del testamento, solo nel caso che persistesse al tempo in cui fu fatto il medesimo (art, 763). In conseguenza di che se in tal tempo era il testatore incapace, non gli giova la capacità sopravvenuta posteriormente e perdurata sino alla morte. Al contrario se nel tempo in cui fece il testamento era capace, non gli nuoce la incapacità sopravvenuta e perdurata sino alla morte; quindi il testamento fatto dal minore di anni diciotto è sempre nullo se il testatore è morto dopo compiuta una tale età; come pure sono nulli i testamenti fatti dagli interdetti e dagl'insani di mente, durante la interdizione e la insanità di mente, quantunque sieno i primi liberati dall'interdizione, e i secondi ricuperino la sanità di mente. Al contrario si reputerà sempre valido il testamento fatto da persona che nel tempo in cui lo fece era sano di mente, quantunque posteriormente sia interdetta o perda la sanità di mente.

§ 428.° La prova della incapacità di disporre è a carico di chi l'allega per la nota regola: *Ei incumbit onus probandi qui dicit.* L'incapacità per difetto di età si prova con l'atto di nascita, e in mancanza con un atto di notorietà, ed anche nei relativi casi con documenti, scritture e testimoni (art. 363 e arg. art. 80 e 364); quella derivante da interdizione si prova con la sentenza che la dichiara; e quella che deriva da insanità di mente si prova con titoli e testimoni, quantunque il notaio abbia dichiarato che il defunto era sano di mente. Nè a contrastare simile assertiva occorre iscriversi in falso, poichè ripetiamo, qui non si tratta di attestazioni relative a cose che il notaio dice avvenute in sua presenza; ma dello stato psichico del testatore che vuol essere assodato nei modi ordinari (1). Non crediamo poi che il solo fatto del suicidio è prova di mancanza di mente,poichè esso può derivare da un motivo più o meno plausibile che ha avuto tale influenza da decidere l'individuo ad uccidere sè stesso.Ed è omai noto che qualunque sentimento, allorchè raggiunge una determinata intensità, può rendersi superiore a quello della vita, e decidere l'uomo ad una morte immediata. Del resto nulla impedisce che il suicidio riunito ad altri fatti di sregolamento mentale, può fare ritenere la non sanità di mente nel testatore per annullare il testamento da lui fatto.

(1) Vedi nello stesso senso Duranton, VIII, 157; Troplong, II, 472; Demolombe, XVIII pag. 365; Buniva, pag. 129; Pacifici-Mazzoni, III. pag. 99; Corte di cass. di Torino, 28 dicembre 1866 e 15 gennaio 1869.

SEZIONE II.

DELLA CAPACITÀ DI RICEVERE PER TESTAMENTO.

§ 429.° Giusta la regola generale che tutti si reputano capaci, eccetto quelli espressamente indicati dalla legge, possono ricevere per testamento tutte le persone, sieno naturali o giuridiche che non sono dichiarate incapaci da una espressa disposizione di legge. Nondimeno per rispetto agl' istituti ecclesiastici ai quali non fu negata la personalità giuridica, essi sono incapaci, a nostro modo di vedere, giusta il diritto pubblico ecclesiastico richiamato in vigore in queste nostre provincie col decreto del 1861; ma noi abbiamo precedentemente notato le tendenze contrarie della giureprudenza, la quale ha fatto sorgere una quistione sul riguardo a fronte di leggi speciali abbastanza chiare, e confermate dal disposto degli articoli 2 e 433 del novello codice civile.

§ 430.° La incapacità di ricevere per testamento può essere *assoluta* e *relativa*. Si ha la prima quando la persona è incapace riguardo a tutta la eredità e a tutte le persone; si ha la seconda quando la incapacità è ristretta ad una parte della eredità, ed a determinate persone.

§ 431.° In primo luogo sono assolutamente incapaci di ricevere per testamento tutti quelli che sono incapaci di succedere per legge. Questi sono: 1° quelli che al tempo dell' apertura della successione non sono nati, non potendo essere subbietto di diritto chi non esiste sotto nessuna forma (art. 764); 2° quelli che quantunque concepiti nel tempo dell' apertura della successione non nascono vivi e vitali (art. 724 e 764). In siffatti casi l'incapacità nuoce alla validità della disposizione testamentaria, tanto se fatta puramente e semplicemente, quanto se fatta sotto condizione; nè varrebbe che il testatore subordinasse la disposizione alla condizione sospensiva, cioè se *nascerà la persona* dell'erede, poichè la nascita non vitale corrisponde alla inesistenza.

§ 432.° Nondimeno possono ricevere per testamento i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, quantunque non sieno ancora concepiti (art. 764). Al tempo della formazione del codice vigente la commissione legislativa di Napoli avea espresso il parere che niuna eccezione potea esser fatta alla incapacità derivante dal difetto di esistenza; che essa si sarebbe occupata di ciò al tempo della discussione della sezione VI del titolo 1 relativo alle sostituzioni, essendo allora il momento di esaminare se il codice di un paese libero abbia a consentire indirettamente i vincoli di una sostituzione fedecommessaria, comunque di primo grado, a favore di tutte persone, od invece la ragion politica, la ragion civile e la economia persuadessero di eliminare una disposizione

che non ebbe accoglienza nè nel codice di Francia, nè in quello da cui furono dal 1819 governate queste nostre provincie meridionali d'Italia. Malgrado tali osservazioni la eccezione fu mantenuta, perchè si disse che nel codice era vietata ogni sostituzione fedecommessaria, anche di primo grado. E può avvenire che la persona a cui dovrebbe spettare la successione abbia tenuto una condotta riprovevole verso il testatore od abbia altrimenti demeritata la sua fiducia, senza alterarne però l'affetto di famiglia.

Se quella persona avesse già dei figli, niun dubbio che il testatore eserciterebbe le sue liberalità verso costoro. Non avendone, sembra che non si possa impedire al testatore di prevedere il caso della sopravvegnenza dei figli, per disporre a loro favore, anzichè a favore di estranei. Ma anche nel caso che già esistessero figli della stessa persona, vuolsi permettere al testatore di prevedere la sopravvegnenza di altri, per mantenere fra tutti loro quella uguaglianza di trattamento che è nella sua intenzione.

Tale facoltà venne già accordata dal codice sardo, nè diede luogo ad inconvenienti, e se ne usò raramente. Ciò avvenne talvolta nelle successioni degli ascendenti, allorchè il figlio di primo grado dissipatore lasciava temere che non solamente non avrebbe provveduto all'educazione della prole, ma che l'avrebbe abbandonata alla miseria o all'incerto sostegno dei parenti.

Egli è bene di avvertire che la persona dalla quale devono nascere i figli istituiti eredi, dovendo essere vivente al tempo della morte del testatore, non potrebbe divenire organo di trasmissione se fosse concepita soltanto, poichè a fronte di una disposizione puramente eccezionale e della chiara parola della legge, non potrebbe applicarsi la massima *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur,* anche perchè il vantaggio diretto non è del padre, ma dei figli. Se il genitore fosse solo concepito al tempo del testamento, e vivente al tempo in cui si apre la successione, i figli nascituri non perdono il vantaggio della disposizione fatta in loro favore. Se finalmente al tempo dell'apertura della successione il genitore era morto, la disposizione testamentaria si avrà fatta pei figli già nati o conceputi, e se il genitore sia morto senza prole diverrà caduca in modo definitivo.

Sotto il nome di figli nascituri s'intendono quelli soltanto di primo grado, qualunque sia il loro sesso, e non sono esclusi i discendenti di secondo e di grado ulteriore.

§ 433.° In secondo luogo sono incapaci di succedere gli enti morali ai quali la legge ha negata la esistenza giuridica; salvo il diritto di poter succedere *uti singuli* gl' individui che ne formavano parte; e ciò per essere stati i religiosi di qualunque ordine ammessi al libero esercizio dei diritti civili e politici con le ultime leggi di soppressione degli ordini monastici (art. 2 leg. 7 luglio 1866 e 22 leg. trans.). Abbiamo già detto che per noi gl' istituti non soppressi, come i capitoli cattedrali, e le parrocchie sarebbero anche assolutamente inca-

paci; ma la giureprudenza tende alla idea opposta, contentandosi della sola autorizzazione governativa, giusta l'art. 932 cod. civ.

Senonchè questa autorizzazione non è mica richiesta allorchè si tratti di un legato pio, cioè un lascito di una somma per celebrazione di messe, poichè in tal caso anzichè una mera liberalità, si ravvisa un contratto oneroso innominato che niun serio profitto offre al corpo morale al quale è concesso.

§ 434.° In terzo luogo il tutore non può trarre profitto dalle disposizioni testamentarie del suo amministrato, fatte prima dell'approvazione del conto definitivo (art. 769); e ciò per evitare il pericolo che l'amministrato disponga a favore del tutore meno per libera volontà che per la dipendenza in cui si trova. Questa incapacità all'uopo stabilita dalla legge ha luogo senza distinguere se l'ammininistrato convive ovver no col tutore, se la tutela sia del minore o dell'interdetto per infermità di mente, e se l'amministrato nel tempo in cui fece il testamento fosse o no sotto l'autorità del tutore, poichè l'unica condizione si è che la disposizione sia fatta prima dell'approvazione del conto.

Dalla regola enunciata sono eccettuati i tutori che sieno ascendenti, discendenti, fratelli, sorelle o coniugi del testatore; perocchè riguardo a costoro le disposizioni testamentarie debbono ritenersi consigliate dall'affetto, ed ispirate dal vincolo di parentela e di matrimonio (art. 769).

Siffatta incapacità, essendo stabilita pei tutori, non si estende ai protutori, e molto meno ai curatori speciali nominati dal magistrato ai minori ed agl'interdetti per affari speciali, ed all'inabilitato; nè infine colpisce i membri del consiglio di famiglia o di tutela.

L'incapacità dei suddetti tutori cessa con l'approvazione del conto definitivo della tutela, venendo meno allora ogni motivo per mantenerla (art. 769); come pure cessa la detta incapacità con la prescrizione dell'azione di rendiconto nel termine ridotto di anni dieci dalla età maggiore del minore (art. 309).

§ 435.° In terzo luogo i notai ed ogni altro ufficiale civile, militare, marittimo o consolare che ha ricevuto il testamento pubblico sono incapaci di ricevere, non che i testimoni intervenuti nello stesso (art. 771); e ciò per evitare ogni abuso derivante dalla loro posizione, od almeno per eliminare il sospetto che ne avessero abusato.

La detta incapacità, comechè limitata al testamento pubblico, non può estendersi al testamento olografo che è l'effetto della libera determinazione del testatore. Quanto al testamento segreto l'uffiziale che ne riceve la consegna e i testimoni dell'atto di consegna sono capaci di ricevere, poichè non intervenendo punto nell'atto della disposizione non esiste contro di loro il motivo d'incapacità (1).

Per le stesse ragioni sopra enunciate la persona che ha scritto il

(1) Vedi Pisanelli, relazione III, 14. Saracco, n. 116; Buniva, pag. 140; Pacifici Mazzoni, pag. 114.

sestamento segreto, non è capace di ricevere mediante lo stesso; salvo te la disposizione non sia approvata di mano dello stesso testatore o nell'atto della consegna (art. 772). La regola contenuta in questo articolo è una riproduzione delle leggi romane, e propriamente del senato consulto Liboniano.

§ 436.° Dopo aver trattato delle incapacità relative generali, è d'uopo passare alle relative speciali, ed in prima a quelle fondate su la illegittimità dei natali.

§ 437.° I figli del testatore nati fuori matrimonio dei quali non è ammesso il riconoscimento legale, ma costa la filiazione nei modi stabiliti dall'art. 193 non possono conseguire che i soli alimenti, sia che il loro genitore abbia lasciati parenti, sia il coniuge (art. 767). Questi alimenti devono essere assegnati in proporzione del bisogno dei figli nel giorno dell'apertura della successione, delle sostanze del defunto, del numero e della qualità degli eredi legittimi o testamentari (arg. articolo 752).

I figli naturali riconosciuti o dichiarati sono parzialmente incapaci di ricevere per testamento dai loro genitori, qualora esistano ascendenti o discendenti di questi ultimi. Se poi succedono insieme ad ogni altro erede, sieno parenti della linea collaterale, sia il coniuge, hanno piena capacità di ricevere per testamento; e ciò perchè solo la parentela legittima della linea retta ascendentale o discendentale è considerata sì intima da aver la preferenza su la parentela naturale, da giustificare la limitazione della capacità di ricevere per testamento (art. 768). Questa incapacità ha lo stesso limite, il loro diritto alla successione legittima, e quindi non possono ricevere per testamento dai genitori più della quota che la legge loro attribuisce a titolo di successione intestata (art. 768).

Egli è indifferente che i discendenti od ascendenti legittimi sieno stati o no istituiti eredi, poichè la quota dei figli naturali nei casi enunciati non potrà oltrepassare più di quanto la legge loro assegna a titolo di successione legittima.

Egli è del pari indifferente che succeda il figlio naturale ovvero i suoi discendenti, poichè costoro non possono avere diritti maggiori dei loro autori.

Ma tanto i figli naturali, quanto i loro discendenti sono capaci di ricevere dai congiunti dei loro genitori, esistano o no discendenti o ascendenti legittimi dei loro genitori e congiunti, poichè il divieto è limitato dalla legge alla sola successione dei genitori, e non può estendersi a quello dei congiunti di costoro (art. 749; e viceversa i genitori ed i suoi congiunti non sono incapaci di ricevere per testamento dal figlio naturale e dai suoi discendenti.

Quanto ai figli incestuosi od adulterini, se non sia provata la loro filiazione nei modi permessi dalla legge, non sono impediti di ricevere, dovendo considerarsi quali persone estranee, e non sarebbe am-

messa la prova diretta per provare la loro filiazione incestuosa o adulterina.

§ 438.° Sono poi relativamente incapaci di ricevere per testamento in primo luogo quelli che sono incapaci di succedere per legge, cioè coloro che fossero indegni per alcuna delle cause ammesse dalla legge, eccetto se il testatore avesse riabilitato l'indegno con lo stesso testamento col quale lo istituisce erede. Senonchè i discendenti dell'indegno hanno sempre dritto alla legittima che sarebbe spettata all'escluso del quale occupa il posto per dritto di rappresentazione (art. 775, 734). Non diversamente di ciò che avviene nella successione legittima, anche nella testamentaria il genitore non potendo trarre alcun vantaggio dalla eredità della persona verso cui si è reso indegno, non gode sulla stessa alcun diritto di usufrutto, nè di amministrazione che gli sarebbe appartenuto nella qualità di padre o madre rappresentante l'interesse del figlio sul quale esercitano la patria potestà (art. 776, 728).

§ 449.° In secondo luogo il nuovo coniuge è incapace di ricevere dall'altro coniuge una porzione maggiore di quella che costui abbia lasciato al meno favorito dei figli del precedente matrimonio (art. 770). Questa incapacità, oriunda dal diritto romano (1) ha la sua ragione nel disfavore per le seconde nozze, e per evitare l'impoverimento dei figli del primo letto per le suggestioni del padrigno e della madrigna. Siffatta incapacità colpisce il nuovo coniuge per rispetto ai figli di tutti i matrimoni sia che abbia o no figli proprii. Il nuovo coniuge non è reputato incapace di fronte ai figli legittimati per decreto reale ed agli adottivi, non derivando costoro dai precedenti matrimonii; come pure non è incapace di fronte ai figli nati da un matrimonio celebrato da lui col binubo rispetto ai quali il nuovo coniuge ha piena capacità di ricevere per testamento. La detta incapacità colpisce il nuovo coniuge abbia o no figli proprii, poichè se nel primo caso la disposizione può avere motivo più grave, nel secondo non manca interamente.

Per determinare se la disposizione fatta al nuovo coniuge superi la quota data al figlio meno favorito, devono osservarsi le regole con cui si determina la quota disponibile, e per farne la riduzione si osservano le regole con le quali viene ammessa la riduzione delle disposizioni eccedenti la quota disponibile.

§ 440°. Tranne le incapacità enunciate di sopra non può ritenersi quella per turpe causa. Secondo le leggi romane vi era la stessa regola, purchè dal concubinato non ne fosse conseguito un matrimonio incestuoso o adulterino, venendo allora il coniuge adultero privato come indegno del dono o legato, che era aggiudicato al fisco; epperò il donativo era reputato valido, ma veniva tolto per causa d'indegnità, non già d'incapacità (2). In Francia molte consuetudini dichiaravano nulle

(1) L. C. Cod. de secundis nuptiis e Nov. 22 cap. 27.

(2) L. 5 e 31 Diz. de donat, 13 D. de donat inter viros et uxores, nov. 88 cap. 12, e l. 13 Dig. de his quae ut ind. aufer.

le donazioni tra concubinarii. L'ordinanza del 1629 fece eco a queste consuetudini. In seguito si ritennero validi i legati di alimento ed anche qualche largizione più estesa. Le leggi intermedie pubblicate dopo la rivoluzione non abolirono formalmente questo divieto, e perciò si agitarono delle controversie su tal riguardo: anche il codice civile serbò silenzio su tale punto. Nondimeno nella corte di cassazione francese il procuratore generale Mourre con una requisitoria che certamente fa onore al suo cuore, disse che sebbene non vi fosse un' esplicita disposizione impeditiva, pure la proibizione era nel disposto delle leggi che riconoscono inefficaci gli atti che offendono il buon costume e la morale pubblica; ma le sue idee non furono seguite dalla corte nel difetto di una legge speciale che proibisce alla concubina di ricevere per testamento. Nondimeno se gli atti indicassero una captazione, un dolo, o una frode, sarebbero annullati per captazione o per difetto di sanità di mente giusta i principii generali.

§ 441.° A differenza delle leggi anteriori, non sono oggidì incapaci di ricevere i medici, i chirurgi, gli ufffciali di sanità e tutti gli altri individui che abbiano avuto cura di una persona nel corso della malattia per cui sia morta; come pure non sono incapaci di ricevere i delegati della pubblica autorità per le prigioni ed i custodi delle medesime pel testamento fatto da una persona durante la prigionia.

§ 442.° Per mantenere efficaci le prescrizioni di sopra enunciate, è stabilito che le disposizioni testamentarie a vantaggio delle persone incapaci indicate negli articoli 767 a 772 sono nulle ancorchè macherate sotto la forma da un contratto oneroso, come una vendita, una transazione, un credito fittizio, e simili. Del pari è nulla ogni disposizione testamentaria che nei casi enunciati sia fatta sotto il nome di interposta persona. Sono riputate persone interposte il padre e la madre, i discendenti ed il coniuge della persona interposta. Sotto il nome di discendenti si comprendono i figli adottivi naturali e nascituri dell'incapace. Siffatta presunzione è assoluta, cioè *juris et de jure* e non ammette prova in contraria.

La prova che la disposizione testamentaria a favore di una persona incapace sia simulata sotto forma di contratto oneroso, o sia stata fatta sotto nome di persona interposta spetta a colui che afferma, sia come attore sia come convenuto. Tale prova può farsi anche col mezzo di testimoni, non essendo sempre possibile di scovrire la frode col mezzo di scrittura.

§ 443.° Le disposizioni fatte in favore di un incapace sono nulle o riducibili, secondo che la incapacità sia totale o parziale; sarebbero quindi nulle le disposizioni fatte contro il divieto degli articoli 269, 771, e 772, e riducibili quelle fatte al di là dei limiti stabiliti dagli articoli 767, 768 e 770 del codice civile.

§ 444.° La nullità o riduzione delle disposizioni fatte all'incapace direttamente o sotto forma di contratto oneroso o per interposizione di persona, può domandarsi da chiunque vi abbia interesse legittimo, co-

me un coerede, un legatario, un creditore , e qualunque altro erede del disponente.

SEZIONE III.

DELLA FORMA DEI TESTAMENTI.

§ 445.° La forma dei testamenti importa la osservanza delle regole speciali prescritte dalla legge per la validità dei medesimi. Queste formalità hanno la loro ragione di essere nel bisogno di assicurare la volontà dei testatori nel modo il più ampio e sicuro , non essendo regolare di permettere il passaggio di parte o della intera sostanza di alcuno mediante la semplice sottoscrizione sopra una carta qualunque; avvegnachè sarebbe facile in tal modo di carpire una firma o profittare di un momento d' ilarità o buon umore per averla apposta volontariamente in un atto, e spogliare gli eredi legittimi di quei beni che in difetto del testamento avrebbero ereditato; mentre la scrittura del testamento tutta di mano del testatore, o la sua presenza dinanzi al notaio ed ai testimoni richiesti, ovvero la chiamata di costoro in sua casa per la formazione del testamento segreto, son tali formalità che per la piena loro osservanza esigendo un certo tempo, la volontà dell'uomo, si mostra nel modo più deciso di voler disporre dei suoi beni pel tempo in cui avrà cessato di esistere ; quindi le forme rigorose della legge per rispetto ai testamenti, non mostrano il disfavore di essa per sì fatta istituzione o il desiderio di annullare il maggior numero possibile dei testamenti; ma il saggio proposito di assicurare quanto ai testamenti olografi che essi sieno opera esclusiva del testatore ; quanto ai testamenti pubblici che sieno dal notaio redatto, ed iscritta la volontà veramente dichiarata dal disponente; e quanto ai testamenti segreti che non sia sostituito un atto falso a quello che conteneva le vere disposizioni del testatore.

§ 446.° L'uso di formalità inutili o superflue non rende invalido il testamento che offre le condizioni generali di validità, e ciò conformemente alla regola *utile per inutile non vitiatur*. Ma l'inosservanza di una formalità stabilita per la validità di un testamento produce la nullità dello stesso in tutto il suo contenuto, non esclusa la clausola derogatoria del testamento anteriore, restando questo valido nel caso di inesistenza giuridica dell'ultimo. La stessa decisione è applicabile al caso in cui le formalità prescritte dalla legge non sieno state osservate in modo regolare e completo (art. 804). I notai però sono responsabili verso gli eredi istituiti nel testamento o verso i legatarii dei danni che risentono per la nullità dello stesso per l'inosservanza delle forme prescritte dalla legge per loro colpa trasandate (articolo 1151, 1152).

§ 447.° Il testamento per difetto di forma non può essere convalidato con un atto posteriore, sebbene fatto con tutte le formalità ri-

chieste per la validità dei testamenti, ma è necessario che sia rifatto interamente dal testatore (art. 1310 e 1311). Sarebbe nullo per difetto di forma se il testamento olografo fosse scritto parte di carattere del testatore e parte di carattere alieno, o mancasse della data o della sottoscrizione in tutto od in parte; sarebbe nullo il testamento pubblico se mancasse un testimone o fosse incapace di una valida testimonianza; ed è infine nullo il segreto se manchi il numero dei testimoni richiesti. Sarebbe poi nullo anche per difetto di forma estrinseca qualunque testamento o donazione fatta a favore di un corpo morale, laddove mancasse l'approvazione sovrana. Senonchè sarebbe inutile l'azione di nullità dopo trent' anni di pacifico possesso dei beni ereditati con un testamento nullo per un vizio così essenziale, poichè il convenuto si difenderebbe con la eccezione di prescrizione trentennaria. Al contrario la conferma, ratifica o esecuzione volontaria di una disposizione testamentaria per parte degli eredi o aventi causa col testatore, dopo la morte di lui, include la loro denunzia ad opporre i vizii delle forme (art. 1311). Nel caso di più disposizioni testamentarie divisibili la esecuzione di una di esse non impedisce d'impugnare le altre che non erano conformi alla legge.

§ 448.° Non è lecito disporre dei propri beni pel tempo posteriore alla morte se non con atti rivestiti delle forme testamentarie, essendo di dritto pubblico le prescrizioni di legge che regolano tali forme: *Testandi causa de pecunia sua legibus certis facultas est permissa: non autem jurisdictionis mutare formam, vel juri pubblico derogare cuiquam permissum est* (1).

Del pari non avranno alcuno effetto le dichiarazioni di ultima volontà fatte verbalmente, essendo oggidì abolita questa forma di testamento, già riconosciuta dal diritto antico.

§ 449.° Il legislatore, non imponendo alcuna formola sacramentale al testatore questi può usare i termini che crede, sia di comando, di preghiera, ed in tutti i casi la disposizione avrà lo stesso effetto, sia che disponga a titolo di istituzione di erede, sia di legati, sia che con altra forma esprima il desiderio di voler trasmettere i proprî beni alla persona nominata pel tempo in cui avrà cessato di esistere (art. 827). Laddove occorre interpretare la volontà del testatore si osserveranno le regole della legge al riguardo, e possono i giudici far ricorso anche alla prova per testimoni ed alle presunzioni.

Le forme dei testamenti sono ordinarie e speciali. Con le prime possono disporre tutte le persone che hanno la capacità di trasmettere per testamento; con la seconda possono disporre quelle persone soltanto che trovinsi in speciali condizioni.

Noi tratteremo dei testamenti ordinarî e speciali in due paragrafi separati.

(1) Leg. 3, C. de test. VI, 23. Consulta Troplong. III. 1428-1432 Demolombe, X 21, 22).

§ 1.

Dei testamenti ordinari.

§ 450. La legge riconosce due forme ordinarie di testamenti, cioè l'*olografo* e quello per *atto di notaio*.

Il testamento olografo dev'essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore. La data del testamento deve indicare il giorno, il mese e l'anno. La sottoscrizione dev' essere posta alla fine delle disposizioni (art. 775). Tranne queste formalità, altre non sono richieste dalla legge; quindi il testamento olografo può essere scritto in lingua latina, italiana, o straniera, su carta semplice o da bollo, e può essere fatto anche per mezzo di lettera missiva.

Il testamento dee aversi per iscritto interamente dalle mani del testatore, anche se un terzo lo abbia aiutato nella scrittura. Ma dovrebbe dirsi il contrario, se l'aiuto del terzo rese possibile la scrittura, come se avesse condotto la mano del testatore, che altrimenti non avrebbe potuto scrivere. In tal caso, essendosi scritto il testamento dalla mano del terzo, non può reputarsi valido, mancando ogni assicurazione di essere stato l'opera esclusiva del testatore.

La data serve a decidere se il testatore era o no capace di disporre, e nella esistenza di altri testamenti, vedere a quali fra essi dee darsi la preferenza. Essa può essere scritta tutta in lettere o tutta in cifre, o parte nell'uno e parte in altro modo equivalente, come il giorno di Pasqua 1872, il dì della festa dello Statuto del 1873. Finalmente la data può essere posta in principio o in fine della scrittura.

La sottoscrizione consiste nell'apporre il nome e cognome con cui il testatore è scritto nei registri di nascita; ma se mancasse il nome e vi fossero tali equipollenti, come ad esempio capitano Ercole, Amalia principessa d'Acquaviva, ec. crediamo che se in questo modo il testatore era solito di firmare tutte le carte, il testamento dee reputarsi valido.

§ 451. Tranne le enunciate formalità non se ne richiedono altre per la validità del testamento olografo; epperò non è necessario che sia scritto con unico contesto, senza postille, aggiunzioni, correzioni, o spazio in bianco, o che sia chiuso e sigillato, o depositato.

Egli è vero che i due progetti fatti sul codice civile governativo e senatorio volevano il deposito del testamento, ma la commissione legislativa vi si oppose per le seguenti ragioni:

1.° Perchè la necessità del deposito prescritto pel testamento olografo scemerebbe i grandi vantaggi di questa istituzione, consistente specialmente nell' isolare il testatore da ogni estranea influenza, dandogli la maggiore facilità e la maggiore libertà possibile di provvedere alla sua successione, senza che sia obbligato di palesare ad altri nè il fatto del testamento, nè le disposizioni in esso contenute. Prescrivendo il deposito, gli si toglierebbe il mezzo di trovare nel se-

greto e nella facilità di testare, un rifugio contro le insistenze e repugnanze interessate, ed inoltre di prendere le sue cautele per conservare il testamento in modo talvolta più sicuro e meno soggetto alle insidie. Inoltre si renderebbe difficile, se non impossibile, tale testamento in caso di viaggio, di sventure, e simili.

2.° Perchè la formalità del deposito è una garentia assai problematica contro la frode, giacchè la medesima non impedirà che si contenda sulla verità della scrittura, o sottoscrizione del testatore, e forse in qualche caso potrà anche diventare un egida della frode, e rendere più arditi e più efficaci i disegni del falsario.

Il testamento può essere fatto da tutti coloro che sanno scrivere, non esclusi i muti ed i sordo-muti (art. 786). Solo il cieco non può disporre per testamento olografo, poichè anche quando potesse sulla carta scrivere una dichiarazione di erede di suo carattere con la data e la scrittura, non potrebbe controllare quello che ha scritto per la impossibilità di leggere.

§ 452.° Il testamento olografo, malgrado il deposito presso il notaio, è un atto privato, e in caso di contestazione può essere impugnato con la querela di falso civile e penale, e può anche chiedersi la verifica giudiziaria, la quale è a carico di colui che vuole avvalersi del testamento. Epperò colui che foggia un testamento olografo falso in tutto od in parte, è reo di falsità in atto privato, non pubblico.

Se poi l'erede legittimo ha riconosciuto il testamento, non può dopo oppugnarlo, se non con la iscrizione in falso. Ma se la verità dello stesso è stata dichiarata per sentenza irrevocabile in giudizio di falso civile o penale, è vietato ogni altro mezzo d'impugnativa legale (art. 296 cod. proc. civ.).

§ 453.° Il testamento per atto di notaio è pubblico o segreto (art. 776).

Il testamento pubblico è ricevuto da un notaio in presenza di quattro testimoni, o da due notai in presenza di due testimoni (art. 777).

Le formalità del testamento pubblico sono che il testatore deve dichiarare al notaio o ai due notai in presenza dei testimoni la sua volontà, la quale dev' essere ridotta in iscritto per cura dell' unico notaio o di uno dei due (art. 778 e 781). Il testatore può dettare egli stesso le sue disposizioni, può esprimere i concetti generali, lasciando al notaio di formulare le sue volontà con parole proprie, non essendo necessario che riproduca dei concetti tortuosi o delle inutili parafrasi, od anche un barbaro dialetto del testatore che dà luogo a serie difficoltà nella interpretazione del testamento.

Il testamento dee distendersi nella lingua che è nota ai testimoni ed al notaio, nè può farsi uso di interpetre nella compilazione dello stesso, essendo il testamento per via di segni impedito.

La riduzione in iscritto delle disposizioni testamentarie dev' essere fatta per cura del notaio; ma può essere eseguita sia di sua mano, sia di mano aliena, sia di quella dei suoi praticanti, od ammanuensi.

Il notaio deve inoltre dar lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni, sia per assodare che le sue disposizioni sieno state ben comprese ed esattamente ridotte in iscritto dal notaio, sia per verificare l'identità delle disposizioni fatte dal testatore con quelle scritte dal notaio (art. 778). Se poi il testamento sia stato ricevuto da due notai, la lettura del testamento può farsi anche da quello che non si occupò di ridurlo in iscritto, ed anche alternativamente dall'uno e dall'altro. Ma non può farsi da altra persona, poichè in tal caso mancherebbe la guarentigia del pubblico uffiziale, e neanco può farsi dal testatore, salvo se fosse privo dell'udito, poichè in tal caso è giusto che la legge aggiunga la formalità della lettura da parte del testatore, riuscendo inutile il leggersi da altri quello che egli non intende (art. 787).

Inoltre il testamento pubblico dev'essere sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal notaio o dai due notai che furono invitati a riceverlo (art. 777 e 780). La sottoscrizione è la formalità essenziale che compie ogni atto, epperò la sua mancanza produce la nullità del testamento, anche quando per esaurimento immediato di forze o di morte sopraggiunta, non fosse stato possibile di averla, nè si è potuto ricevere la dichiarazione dal testatore della ragione che lo ha impedito di firmare, la quale supplisce il difetto di firma (art. 777). Se il testatore dichiara di non sapere scrivere, mentre costa il contrario, si suppone che non abbia voluto compiere il testamento con la sua firma, e lo stesso non avrà alcuno effetto.

§ 454.° Se il testatore sia *interamente* privo dell'udito, cioè affatto sordo, nel senso della scienza medica, oltre l'osservanza delle altre formalità richieste, deve leggere egli stesso il testamento, facendosi di ciò specialmente menzione nell'atto.

Se nol possa perchè cieco ovvero analfabeta, deve intervenire un testimone di più, cioè cinque se il testamento è ricevuto da un solo notaio, e tre se è ricevuto da due: della lettura fatta dal testatore dee farsi menzione nel testamento (art. 787).

Solo il sordo-muto ed il muto non possono far testamento pubblico, essendo loro impedito di adempiere alla precipua formalità, che è quella di dichiarare verbalmente la loro volontà (art. 786 e 787).

§ 455.° L'altro testamento per mano di notaio è il testamento segreto, che i Romani dicevano *mistico*. Esso viene scritto dal testatore o da altra persona, ed è presentato in presenza dei testimoni al notaio, il quale lo chiude e lo suggella, se non l'abbia fatto il medesimo testatore. Il notaio vi stende un atto firmato da lui, dal testatore se sappia scrivere, e dai testimoni.

Questo modo di testare facilita coloro che non sanno scrivere di fare il testamento senza propalare le loro disposizioni al notaio ed ai testimoni; mentre chi sa scrivere raggiunge questo medesimo scopo col mezzo del testamento olografo, sia che lo conservi egli stesso, sia che lo depositi all'insaputa degl'interessati presso un notaio. Quegli

che non sa scrivere fa distendere il testamento da persona di sua confidenza, e consegnando questa carta al notaio chiuso in una carta esteriore, le sue disposizioni restano circondate da impenetrabile velo.

In primo luogo è necessaria la scrittura del testamento, la quale può essere fatta di carattere del testatore o di un terzo di qualunque sesso od età, sebbene il testatore sappia scrivere e sia in istato di farlo (art. 782).

La scrittura del testamento può essere anche affidata dal testatore all'erede od al legatario, purchè la disposizione sia approvata di mano del testatore (art. 772).

In secondo luogo il testamento deve essere sottoscritto dal testatore, anche quando il corpo dell'atto sia stato da lui scritto; ed in quest'ultimo caso basta che si apponga la sottoscrizione alla fine delle disposizioni. Se poi è stato scritto in tutto od in parte da altri, deve essere il testamento sottoscritto in ciascun mezzo foglio, e ciò quand'anche sia scritto sopra un solo foglio di carta unito, poichè la firma nella mezza pagina assicura che il testatore ha letto il testamento da altri scritto anche da quella parte e vi ha apposta la sua sottoscrizione (art. 782). In mancanza di detta sottoscrizione in ogni mezzo foglio il testamento è nullo. È vero che su di ciò i nostri tribunali hanno vagato in diverse sentenze; ma la parola e lo spirito della legge sono per l'idea di sopra indicata, e già la giureprudenza si va riformando sul concetto da noi espresso ufficialmente in più rincontri dinanzi al tribunale di Napoli (1).

Non è necessario che il testamento segreto sia datato, poichè la data per gli effetti legali del testamento è quella dell'atto di ricevimento, che è formalità essenziale per questo testamento. Nel caso di doppia data il testamento prende quella dell'atto di ricevimento, che avviene dinanzi al notaio in presenza dei testimoni.

In terzo luogo si richiede la chiusura della carta in cui sono scritte le disposizioni, o di quella che le serve d'involto. La chiusura dev'essere fatta mediante sigillo portante un'impronta qualunque, in modo che il testamento non si possa aprire senza rottura od alterazione; e ciò per allontanare ogni pericolo di sostituzione o di alterazione del testamento, e garentire ancora l'inviolabilità del segreto del testamento mistico (art. 783).

Ove la chiusura sia fatta con semplice ostia, o colla è indubitata la nullità del testamento per difetto di forma. Su di ciò ha variamente deciso per lo addietro la giureprudenza italiana e straniera; ma oggi essendosi colmato il vuoto del diritto anteriore, non è più lecito dichiarare valido il testamento sigillato con colla o senza impronta, quand'anche si provi l'identità ed integrità della scheda testamentaria (2); e ciò perchè una suggellazione senza rendere le

(1) Vedi nel senso nostro l'arresto della Corte di Cassazione di Napoli del 15 luglio 1872; nel senso contrario le decisioni della stessa Corte del 1868 e 3 agosto 1870.

(2) Corte di Cass. di Napoli 12 giugno 1866.

parti da costituire un sol tutto da due lembi di carta è una inutilità che non provvede allo scopo di evitare l'alterazione dell'atto. La carta può essere sigillata prima di consegnarsi al notaio, o alla presenza di esso e dei testimoni richiesti tanto dal testatore, quando da un terzo (art. 783).

In quarto luogo è necessaria la consegna del testamento al notaio in presenza di quattro testimoni della carta sigillata, con la dichiarazione che in essa contiensi il suo testamento (art. 783).

In quinto luogo si richiede l'atto di ricevimento per cura del notaio, il quale atto deve essere scritto su la carta stessa in cui è scritto o involto il testamento (art. 783 cap. 2). In mancanza di tale formalità si avrebbe per non fatto l'atto di ricevimento, ed il testamento sarebbe nullo come testamento segreto. Ma potrà valere come testamento olografo, qualora ne abbia i requisiti (art. 804). Con ciò il codice italiano ha deciso la disputa che sul riguardo pendeva incerta davanti ai tribunali, e nella quale molti propendevano per la nullità anche della scheda testamentaria che offriva le condizioni dell'olografo, sul concetto della indivisibilità dell'atto, poichè una volta annullato il testamento come mistico, niun effetto poteva attribuirsi alla carta che presentava le condizioni dell' olografo.

Nell'atto del ricevimento devono indicarsi: 1° il fatto della consegna e la dichiarazione del testatore; 2° il numero e l'impronta dei sigilli; 3° l'assistenza dei testimoni a tutte le formalità sopraccennate (art. 783).

L'atto del ricevimento dev'essere sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal notaio. Laddove il testatore non possa sottoscrivere l'atto della consegna, dovrà dichiarare la causa che glielo impedisce, ed il notaio dovrà di tutto far menzione (art. 783 e 778).

Nel caso che il testatore sappia leggere, ma non scrivere o non abbia potuto apporre la propria sottoscrizione, dovrà dichiarare di aver lette le sue disposizioni, ed indicare la causa che gli ha impedito di sottoscrivere, dovendo nell'atto di consegna farsi ancora menzione di una tale dichiarazione (art. 784).

In sesto luogo si richiede l'unicità di contesto, onde rendere impossibile che nell'intervallo di tempo necessario per compire il testamento si potesse sostituire un testamento ad un altro. Egli è quindi impedito scrivere nell'intervallo ogni altro contratto, ovvero occuparsi di affari diversi. Ma una sospensione più o meno breve per concedere al testatore infermo qualche riposo, fargli prendere medele, ovvero adempiere a necessità del corpo, non alterano la unicità del contesto che è richiesta nel testamento segreto. Di questa importante formalità dee farsi espressa menzione dal notaio. Se poi la sospensione occasionata da alcuna delle cause anzidette fosse soverchiamente lunga, sarebbe necessario ricominciare l'atto (1).

(1) Demolombe, XXI, 394.

§ 456.° Se colui che fa il testamento segreto sia un muto od un sordo muto, è necessario che si scriva in fronte all'atto della consegna che la carta presentata contiene il loro testamento, e se questo è stato scritto da un terzo, devono aggiungere di averlo letto: questa scrittura supplisce la dichiarazione orale che fa il testatore, il quale era privo dell'uso della favella (art. 786). Il notaio nell'atto della consegna dee esprimere che il testatore ha scritto le anzidette parole alla presenza di lui e dei testimoni (art. 786 cap. 2). Nel resto debbono osservarsi le formalità generali prescritte dall' art. 783 (art. 787).

Il testamento segreto rimane in deposito presso il notaio che ne ha ricevuto la consegna, e può essere ritirato dal testatore nei modi prescritti dalla legge (art. 922).

Sono poi affatto incapaci di far il testamento segreto coloro i quali non sanno o non possono leggere, non potendo verificare se nella carta che consegnano al notaio in presenza dei testimoni si contenga la vera espressione della loro volontà (art. 785).

§ 457.° I testimoni richiesti pei testamenti per atto di notaio, sia pubblici o segreti, debbono essere capaci per una valida testimonianza, e sono considerati tali se posseggono tutte le qualità fisiche e morali per comprendere quello che si dice e si fa in loro presenza per renderne conto nella occorrenza in cui ne sono ricercati.

Sono incapaci di fare da testimoni gl'infermi di mente e i sordi; 2° quelli che sono condannati a determinate pene che loro divietano di fare da testimoni o che non sono nel godimento od esercizio dei diritti civili; 3° quelli che non intendono la lingua in cui è fatta la dichiarazione o è ridotta in iscritto (art. 778); 4° quelli che non sanno sottoscrivere; 5° gli stranieri non residenti nel regno; 6° le femmine; 7° i praticanti ed ammanuensi del notaio.

Per diritto anteriore non potevano essere adibiti per testimoni i legatari di qualunque titolo ed i loro parenti od affini fino al quarto grado. Il dritto nuovo ha eliminata la incapacità rispetto a questi ultimi; ma noi non crediamo alla saggezza di tale esclusione.

Sono quindi capaci di fare da testimoni i muti, i parenti, gli affini, i domestici del testatore, dell'erede, del legatario e del notaio, il marito nel testamento della moglie, l'esecutore e il tutore testamentario. Finalmente possono essere testimoni nel medesimo testamento più parenti dello stesso grado, come due fratelli o due cugini, o il padre ed il figlio insieme.

Se poi s'ignorava generalmente il motivo che rendeva inabile il testimone, si ha l'errore comune che non rende nullo il testamento (1). L'errore comune va ritenuto allorquando il testimone ha compiuto una serie di atti che costituisce a suo favore un possesso pubblico dello stato che presuppone.

(1) Inst. § 7 de test. ord. II, 10, leg. 1, cod. de test. Duranton, X, 109; Marcadè, art. 980.

§ 2.

Di alcuni testamenti speciali.

§ 458.° Nel diritto romano si riconoscevano sette specie di testamenti speciali, ed erano: 1° il testamento dei militari; 2° quello fatto in tempo di malattia contagiosa; 3° quello fatto nelle campagne; 4° quello che presentavasi al sovrano; 5° quello che si faceva al cospetto del magistrato; 6° quello fatto in occasione di viaggio marittimo; 7° quello fatto dal padre tra' figli.

Il primo potea farsi avanti a tre o quattro commilitoni, ed era detto *in procinctu*, perchè i soldati che si andavano a dedicare ai numi infernali per la salute della patria, vestivano la toga corta a guisa dei Gabi, detta *succinta*. Questo modo di testare sebbene fosse andato in disuso, pure non si volle rifiutare ai militari i quali erano dispensati dalle molte ritualità dei testamenti pagani. Giulio Cesare, Tito, Domiziano, Nerva e Traiano, secondo attesta Ulpiano (1), accordarono a questo testamento la dispensa di ogni formalità così interna come esterna. In virtù di esso potevansi istituire eredi i deportati, e tutti coloro che non avrebbero potuto esserlo nel testamento ordinario, eccettuate però le persone mentovate dalla legge (2). Per questi testamenti bastava la certezza della volontà del disponente; quindi erano validi se scritti *in vagina, in clypeo, literis sanguine suo rutilantibus aut in pulvere gladio suo ipso tempore, quo in praelio vitae sortem dereliquerunt* (3).

Pei testamenti nuncupativi, cioè orali, bastavano due soli testimoni anche specialmente non rogati (4). Col testamento militare i testatori potevano impunemente diredare i propri figli e preterirli; morire parte testati e parte intestati; far dei legati senz' alcuna deduzione della falcidia, e far da ultimo qualunque sostituzione sia pupillare sia comune duratura oltre la pubertà: potevano direttamente lasciare l'eredità con codicillo. In detti testamenti non avea luogo il diritto di accrescere, e potevano morire con più testamenti, purchè tra di loro non repugnanti nelle disposizioni. Nè solo i militari che andavano alla battaglia potevano così testare, ma tutte le persone addette al servizio dell'armata, che trovavansi allo stesso pericolo di morte, godevano però di questo privilegio allorchè erano in ispedizione, non già allorchè stavano nei quartieri, ma se il testamento era stato fatto nella guerra, cessava di aver vigore un anno dopo della spedizione, poichè ritornato poteva farlo all'uso comune essendo cessato il bisogno.

(1) L. 1. Dig. de testam. milit.
(2) Siffatte persone erano enunciate dalle ll. 13 § 2 e 41 § 1. Dig. eod. tit. L'ult. C. haered. e 2 C. de donat. inter vir. et uxor.
(3) L. 5 Cod. de testam. milit.
(4) L. 25. Dig. de testibus.

In quanto ai testamenti fatti in occasione di peste o di altra malattia contagiosa si dispensavano i testatori dalla formalità di esser simultaneamente presenti i testimoni (1); ma non si rimetteva dal numero prescritto. In caso di malattia contagiosa era pericolosa e difficile l'unione in un punto dei testimoni. La giureprudenza ritenne di poi bastare il numero di cinque, vincendola su l'opinione di altri che li volevano ridotti a due.

I testamenti fatti nelle campagne richiedevano il numero di soli cinque testimoni, fra' quali uno che sapea scrivere, sottoscriveva per tutti (2).

I testamenti presentati al sovrano avvenivano allorchè taluno offriva al sovrano *scriptum supremae suae voluntatis:* era questa maniera di disporre valida, nè soggetta a sottoscrizione, nè ad alcun' altra forma, ancorchè il principe nulla avesse su di esso rescritto: bastava che questo solo adempimento fosse certo, o che si provasse per mezzo di due testimoni; sebbene allorchè presentavasi nel concistoro del principe, o quando il testamento si presentava avanti il giudice, *apud acta*, si reputava esente da ogni pruova, poichè l'autorità dell'uno o dell'altro suppliva e la presenza de' testimoni, ed ogni altra solennità (3).

I testamenti posteriori, co' quali istituivasi un erede legittimo preterito nel testamento antecedente erano validi quando v' intervenivano cinque testimoni (4).

I nocchieri, i naviganti, gl' individui delle armate di mare, e tutti coloro che si trovavano in pericolo, potevano testare secondo l' uso militare (5).

Il testamento *inter liberos* era quello con cui il padre divideva la eredità ai suoi figli. Le condizioni da osservarsi per aver luogo questo testamento erano le seguenti: 1° che il padre nel principio del testamento esprimesse il tempo della sua erezione; 2° che indicasse di propria mano i nomi dei figli; 3° che indicasse le rispettive porzioni ereditarie non con cifre, ma con lettere. Non vi era bisogno di una sottoscrizione del testatore o dei testimoni, come non era neppure necessario che il testatore scrivesse tutto il testamento di proprio pugno (6).

In queste nostre provincie meridionali d' Italia, prima del 1809, tra gli altri testamenti eccezionali, si riconoscevano quelli detti *ad pias causas*. Con siffatti testamenti si donava la proprietà dei beni alla chiesa, od ai luoghi pii, o s' imponeva all'erede un legato in di loro vantaggio. Essi facevansi dinanzi al parroco o al confessore in presenza di due o tre testimoni, ovvero innanzi ai notai apostolici giusta la decretale di Alessandro III cap. X de testam. Questa ma-

(1) L. 8 cod. de testam.
(2) D. ult. cod. de testam.
(3) V. Perez, praelect. L. VI, tit. 23, n. 29.
(4) L. 21 cod. eod. tit.
(5) L. unica Dig. de bonor poss. ex testam. milit.
(6) Nov. 107, c. 1.

niera di testare fu sempre contradetta nel nostro regno, per la vibrata resistenza dei regenti Argento e Crivelli, ed indi con parecchi dispacci furono dichiarati privi di effetti civili, e dichiarate eziandio nulle tutte le disposizioni a favore de' detti luoghi pii contenute nei testamenti ordinarii.

§ 459.° Tali testamenti sono autorizzati per la difficoltà di adempiere le varie formalità prescritte pei testamenti ordinari, e nonostante la permissione del testamento olografo, poichè malgrado la facilità di disporre dei propri beni con questo testamento, non tutti sono al caso di farlo, sia perchè non tutti sanno scrivere, sia per non essere tutti al caso di fare un testamento esente da gravi difficoltà nella sua interpretazione, sia anche per la facilità di perdita, celamento o distruzione del testamento olografo.

§ 460.° Secondo il novello diritto i testamenti speciali sono tre: 1° quello fatto in luoghi in cui domini la peste od altra malattia reputata contagiosa; 2° quello fatto durante un viaggio marittimo; 3° quello fatto dai militari in tempo di guerra.

§ 461.° Il testamento fatto nei luoghi in cui domini la peste od altra malattia reputata contagiosa, può essere ricevuto da un notaio, dal pretore o vice-pretore, dal sindaco, o da chi ne fa le veci, o dal ministro del culto in presenza di due testimoni (art. 789). Se il testamento durante la peste od altra malattia contagiosa possa farsi dinanzi al conciliatore, noi incliniamo a ritenere l'affermativa; ma sarebbe meglio che la legge, spiegandosi sul riguardo, decidesse la quistionò con la sua stessa autorità, poichè può sempre dirsi in contrario che trattandosi di una competenza affatto speciale, non può essere estesa al conciliatore cui la legge concede definite attribuzioni.

Per la validità del testamento fatto con le forme abbreviate enunciate di sopra, non è necessario di una malattia realmente contagiosa, ma basti che sia reputata tale, poichè anche in tal caso lo spavento che ingenera presso l'universale influisce a far allontanare tutti dalla casa dell' infermo. Tra le malattie reputate contagiose deve annoverarsi il colera, poichè sebbene le opinioni dei medici sono divise, pure durante una tale epidemia tutti fuggono dalle case degl' infermi, ed i provvedimenti amministrativi che si adoperano dalle autorità locali sono tali da accreditare l' idea del contagio; il che deve bastare per rendere valido il testamento fatto in simile congiuntura (1).

Questo testamento può essere fatto da qualunque persona si trovi nei luoghi in cui domini la malattia contagiosa, sia essa o no colpita, e sieno state o no interrotte officialmente le comunicazioni fra quei luoghi e negli altri immuni dalla malattia. Egli è fuori dubbio per noi che i lazzaretti, ossia i luoghi dove sono trattenute le persone arrivate da altri paesi, onde assicurare se sieno o no colpite da malattia contagiosa, devono equipararsi a quelli della infermità per rendere valido il te-

(1) Vedi in questo stesso senso Cass. di Torino 27 giugno 1870.

stamento eccezionale; e ciò sia per lo allarme che in detti luoghi si desta, sia per la difficoltà di accedervi le persone estranee.

Il testamento fatto nel caso enunciato può essere disteso anche dagli estranei, e possono adibirsi per testimoni individui dell'uno e dell'altro sesso, purchè maggiori di sedici anni (art. 789).

Questo testamento diviene nullo sei mesi dopo cessata la malattia nel luogo in cui trovasi il testatore, ovvero sei mesi dopo che lo stesso siesi trasferito in luogo immune dalla peste; e ciò ragionevolmente, perchè cessando la ragione della legge per la quale si autorizzava il testamento eccezionale, deve cessare la legge stessa; quindi sorge la necessità di doversi rifare il testamento nel modo ordinario (art. 790).

§ 462.° Il secondo testamento eccezionale è quello fatto sul mare. I testamenti fatti in tale circostanza sia dagli uomini dell'equipaggio, sia dai semplici passaggieri sono ricevuti, a bordo dei vascelli e di altri bastimenti della marina militare, dall'uffiziale comandante il bastimento ed insieme dal commissario di marina, e in loro mancanza da quelli che ne fanno le veci: i testamenti fatti dal capitano e dal commissario di marina sono ricevuti da quelli che loro succedono in ordine di servizio. A bordo dei bastimenti di commercio possono essere ricevuti dal secondo ed insieme dal capitano o patrone, o in loro mancanza da chi ne fa le veci (art. 791).

Su' bastimenti della marina militare il testamento del capitano e quello del commissario di marina, e sui bastimenti di commercio il testamento del capitano o patrone e del secondo, possono essere ricevuti da quelli che loro succedono in ordine di servizio, osservato nel resto ciò che è stabilito nel precedente articolo (art. 792).

I detti testamenti debbono essere ridotti in doppio originale; debbono essere sottoscritti dal testatore o dalle persone che li hanno ricevuti, e da due testimoni. Questi debbono essere maschi e di età maggiore. Se il testatore od i testimoni non sanno o non possono scrivere, si farà menzione del motivo che ha impedito la sottoscrizione.

I testamenti fatti durante il viaggio devono essere conservati fra le carte più importanti di bordo, e deve farsi menzione di esse sul giornale di bordo e sul ruolo di equipaggio.

Se il bastimento approda ad un porto estero, in cui si trovi un regio agente diplomatico o consolare, coloro che hanno ricevuto il testamento sono tenuti a consegnargli uno degli originali, e una copia dell'annotazione fatta sul giornale di bordo e sul ruolo d'equipaggio. Al ritorno del bastimento nel regno sia nel porto del disarmo, sia in qualunque altro, i due originali del testamento, o quello che resta, nel caso che l'altro fosse stato depositato durante il viaggio devono essere consegnati all'autorità marittima locale insieme con la copia dell'annotazione anzidetta. Di tale consegna deve rilasciarsi dichiarazione, di cui si farà cenno in margine all'annotazione. Gli agenti diplomatici o consolari e le autorità marittime locali devono stendere un processo verbale della consegna del testamento e trasmettere ogni cosa al mi-

nistero della marina, il quale ordinerà il deposito di uno degli originali nel suo archivio, e trasmetterà l'altro all'uffizio di registro del luogo del domicilio o dell'ultima residenza del testatore (art. 797).

Il testamento fatto sul mare nella forma stabilita dagli articoli 791 e seguenti non avrà effetto, se non quando il testatore muoia sul mare o entro tre mesi dopo che sarà disceso in un luogo in cui avrebbe potuto fare un nuovo testamento nelle forme ordinarie (art. 798).

§ 463.° Il terzo testamento eccezionale è quello dei militari. Questo testamento è altresì permesso alle persone impiegate presso l'esercito, come i chirurgi, i medici, i farmacisti, i telegrafisti, le vivandiere, ec. Questo testamento può essere ricevuto da un maggiore o da qualunque altro uffiziale di grado uguale o superiore, o da un intendente militare o commissario di guerra, in presenza di due testimoni aventi le qualità volute dall'art. 791. Il testamento di militari appartenenti a corpi o posti staccati dall'esercito, può essere ricevuto dal capitano o da altro uffiziale subalterno che ne abbia il comando. Se il testatore è ammalato o ferito, il testamento può anche essere ricevuto dall'uffiziale sanitario in presenza di due testimoni nel modo stabilito dall'articolo precedente (art. 799 e 800).

I testamenti anzidetti debbono essere ridotti in iscritto, osservando quanto alle sottoscrizioni le qualità prescritte dall'art. 794, e devono essere ricevuti in presenza di due testimoni che abbiano le qualità enunciate dall'articolo 791 (art. 799 e 800).

Il detto testamento dev'essere al più presto trasmesso al quartiere generale e da questo al ministero della guerra, che ne ordinerà il deposito nell'uffizio di registro del luogo del domicilio o dell'ultima residenza del testatore (art. 801).

Il testamento speciale militare nella forma anzidetta può essere fatto da tutti coloro i quali sono in militare spedizione per causa di guerra, così in paese estero come nell'interno del regno, od acquartierati o di presidio fuori del regno, o prigionieri presso l'inimico, o in una piazza o fortezza circondata dal nemico, od in altri luoghi dove sieno interrotte le comunicazioni (art. 802).

Il testamento fatto nella forma sopra stabilita diverrà nullo tre mesi dopo il ritorno del testatore in un luogo dove possa fare testamento nelle forme ordinarie (art. 803).

§ III.

Disposizione comune alle varie specie di testamenti.

§ 464.° Le formalità stabilite negli articoli 775, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 786, 787, 788, 789, 791, 793, 794, 799 e 800 debbono osservarsi sotto pena di nullità.

Secondo l'aforisma *quod nullum est, nullum producit effectum* il testamento nullo per difetto di forma, non potrebbe valere, considerato

sotto altra forma. Nondimeno, siccome abbiamo già avvertito, un testamento segreto ricevuto da notaio e da altro pubblico uffiziale autorizzato a riceverlo, se non può valere come tale, varrà come testamento olografo, qualora ne abbia i requisiti, cioè qualora sia scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore (art. 804). In tal caso perderà la efficacia di testamento per atto di notaio, ed avrà il semplice valore di una scrittura privata.

SEZIONE IV.

DELLA PORZIONE DI CUI SI PUÒ DISPORRE PER TESTAMENTO.

§ 465.° Se il diritto di proprietà consiste nel disporre nel modo più assoluto dei propri beni quando non si oppone alla giustizia, questo principio non soffre contraddizione ed eccezione di sorta Epperò divien'esso inapplicabile quando l'uomo deve compiere dei doveri, poichè in tal caso la beneficenza deve cedere alla giustizia.

L'uomo col divenir padre e la donna col divenir madre contraggono per proprio fatto le obbligazioni verso la prole. Queste obbligazioni sono sacre perchè naturali ed anteriori alle sociali prescrizioni. La natura imprime nell'intelletto e nel cuore la verità di doversi conservare ai figli una parte dei beni per metterli in condizione di procurarsi uno stato, e vivere onestamente in mezzo alla società.

§ 466.° Secondo i Romani la legge delle dodici tavole concedeva ai padri di famiglia un diritto illimitato di disporre dei loro beni: *Pater familias uti legassit super pecunia, tutelavae rei suae, ita ius est* (sia legge la sua volontà). Questa stessa legge permise ai padri di potere preterire e diredare i figli, nè mancano esempi di abusi gravissimi, specialmente da parte di quei genitori i quali erano, al dir di Caio, sedotti dalle carezze delle madrigne. Surse allora la necessità di riparare a siffatti abusi, e vi si provvide con la querela del testamento inofficioso. Ciò nondimeno la malvagità di alcuni genitori, i quali lasciavano una piccola parte alla loro prole ed il resto lo prodigavano a persone estranee, fece sentire il bisogno di un mezzo più radicale, e questo fu di ricusare la facoltà di cui potevasi abusare, riservando ai figli una quota di beni su l'eredità dei genitori. Questa quota era anticamente la quarta di quello che avrebbero conseguito se fossero succeduti *ab intestato*. Giustiniano l'accrebbe al terzo se i figli erano più di quattro, ed alla metà se eccedevano questo numero (1). Questa legittima doveva essere immune da ogni peso di usufrutto o fedecommesso, od altro qualunque.

Ciononostante credettero i padri di riparare a quest'ultimo partito, con istituire i figli eredi in una porzione maggiore della legittima,

(1) Nov. 18, cap. 1.

ordinando loro la restituzione della stessa porzione diunita alla legittima; così non era a dirsi che il padre avesse gravata la legittima dei figli, ma piuttosto essi medesimi qualora avessero prescelto di godere vita durante il fedecommesso, e restituirlo per intero, quando potevano ritener la legittima in proprietà ed abbandonare il rimanente. Questo partito di cui comunemente servivansi i padri era appellato *la cautela di Socino*.

Sovente i padri istituendo eredi i propri figli lasciavano l'usufrutto de' beni alle loro mogli, e quindi motivo di controversia tra di essi. Bulgaro opinò che questo usufrutto non dovea considerarsi se non una alimentaria prestazione ad esse dovuta, ed ai soli alimenti circoscritta. La sua opinione fu accettata, e nel foro venne conosciuta col nome di *consuetudine di Bulgaro*.

Questa legittima si dovea sopra tutti i beni ereditari e veniva depurata da tutt'i debiti, fedecommessi e spese funerarie. Si disputò se fosse una porzione di beni, od una parte di eredità. Voet si avvisò pe' beni, ed Einnecio nelle istituzioni la definì come Voet; ma nelle pandette la considerò come parte di eredità, e venne seguito dall'Ubero. Vinnio altronde fece una sennata distinzione; cioè, la disse parte di eredità se veniva lasciata a titolo d' istituzione, e parte di beni se la era per legato singolare. Oggi però in virtù dell'art. 808 è una vera parte di eredità. Questo era lo stato della giureprudenza all'epoca del codice francese, il quale per la valutazione di detta legittima si appellò alla massa de' beni del defunto sul numero dei figli. La legge del 26 gennaio 1816 appo di noi fece intravedere che una tale legittima, dagl'inglesi appellata ragionevole, si sarebbe fissata alla metà de' beni del disponente, ed il codice italiano ritrovando questo sistema assai semplice e naturale lo ha riprodotto.

Relativamente alla legittima è d'uopo esaminare la porzione dovuta ai più stretti congiunti, quella spettante al coniuge superstite ed ai figli naturali, ed il modo di operare la riduzione in caso di essersi disposto al di là della quota che la legge permette. Noi ci occuperemo di questi tre oggetti della legittima in tre paragrafi separati.

§ I.

Della porzione legittima dovuta ai discendenti ed agli ascendenti.

§ 467.° In forza delle leggi attualmente in vigore le liberalità tanto per atto tra vivi, che per testamento, non potranno oltrepassare la metà dei beni del disponente, quando questi morendo lascia figli, qualunque sia il numero dei medesimi. L' altra metà sarà riservata a vantaggio dei figli, e formerà la loro *legittima* su la quale il disponente non potrà imporre vincolo o peso veruno (art. 805). Sotto il nome di *figli* sono compresi nell' articolo precedente i figli legittimi, i legittimati,

gli adottivi e i loro discendenti: questi ultimi non si contano se non per quel figlio che rappresentano nella successione del disponente (art. 806). Questa disposizione è conforme alle nostre leggi del 1819. Al contrario il codice francese, volendo ridurre sempre più la facoltà di disporre in pro degli estranei quando il padre abbia un maggior numero di figli (la qual cosa noi troviamo molto lodevole), stabilisce che le donazioni non possono eccedere la metà dei beni del disponente quando alla sua morte non lascia che un figlio legittimo, il terzo se due, il quarto se tre o più (art. 713 cod. franc.).

Sebbene la legge non parla che di figlio legittimo, pure è facile il ritenere che la disposizione è ugualmente applicabile ai figli naturali, cui la legge assicura una parte di beni su l'eredità dei genitori che li abbiano legalmente riconosciuti.

§ 468.° I doveri di riconoscenza che i figli debbono ai loro genitori, ed una giusta idea di reciprocanza hanno fatto stabilire ancora la legittima a favore degli ascendenti, quando il defunto non lascia nè figli nè discendenti, ma ascendenti (art. 807). In tal caso il figlio non può disporre che dei due terzi di beni; la porzione legittima, cioè il terzo di beni spetta al padre e alla madre per uguale porzione, ed in mancanza di uno dei genitori spetta interamente all' altro.

Non lasciando il testatore nè padre nè madre, ma ascendenti nella linea materna e paterna, la porzione legittima spetta per metà agli uni e per metà agli altri, ove sieno in grado eguale. Ove sieno in grado ineguale, spetta per intero ai prossimi dell'una e dell'altra linea (art. 807 capov. ult.).

Sotto il nome di ascendenti sono compresi i soli legittimi e non gli adottivi, nè i naturali che abbiano riconosciuto l'autore del discendente della cui successione si tratta.

§ 469.° Se il testatore non lascia superstiti discendenti o ascendenti, può disporre di tutti i suoi beni a titolo universale o particolare, salvi i diritti del coniuge e del figlio naturale (art. 809); quindi niuna legittima è riconosciuta in pro dei fratelli e di ogni altro collaterale più remoto. Al proposito si osservò che il vincolo tra collaterali non è così sacro come quello tra gli ascendenti e discendenti; che coloro i quali sono sicuri di un dritto indipendente dalla volontà, si dispensano bene spesso dai provvedimenti delicati verso un uomo nel quale veggono piuttosto un debitore che un benefattore. Che i collaterali in mancanza di ascendenti e discendenti sogliono per lo più cercare i loro eredi nella famiglia, e che se vi sono dei casi straordinari, questi non debbono essere calcolati dal legislatore. Che colui che vuole succedere lo saprà meglio meritare, e che bisogna lasciar libero il corso alle affezioni.

Checchessia di ciò, una eccezione in pro dei germani ne sembra richiesta dalle più ovvie ragioni di equità e di giustiizia, specialmente quando la eredità dev'essere lasciata a persone estranee, poichè il vincolo tra germani è il più intimo dopo quello degli ascendenti e di-

scendenti, ed è poco edificante il vedere tutto giorno delle persone estranee o dei ricchi corpi morali chiamati alla eredità di persone, i di cui superstiti germani versano nella più affliggente miseria. Epperò noi crediamo che la legittima limitata ad un quarto dell'eredità in pro dei germani, e ad un ottavo in pro dei fratelli unilaterali, concilia ogni esigenza, rafforza il vincolo di famiglia abbastanza rallentato dall'egoismo presente, e trova un plauso sicuro nella opinione degli uomini onesti.

§ 470.° La porzione legittima è quota di eredità (art. 808); epperò il diritto alla stessa non si apre che al tempo della morte della persona della di cui eredità si tratta; si acquista da coloro ai quali è dovuta a titolo universale, e specialmente a titolo di successione legittima; di qui nasce di essere applicabili ai legitimari le regole di detta successione. I legittimari non possono rinunciarla, anche col consenso di coloro della di cui eredità si tratta; non possono transigere col genitore su la stessa, anche nel contratto di matrimonio; e da ultimo possono perderla per causa di indegnità; salvochè il defunto li abbia riabilitati.

§ 471.° La porzione legittima poteva perdersi secondo il diritto romano e secondo le nostre leggi del 1819 anche per effetto della diseredazione; ma questa istituzione non fu riprodotta nel codice italiano per le seguenti ragioni: Le cause principali, si disse nella relazione del Pisanelli, che vi fanno luogo sono già annoverate fra le cause d'indegnità. Vien quindi meno in gran parte la sua giuridica importanza. Senonchè nelle cause d'indegnità è la legge che pronunzia l'esclusione del colpevole, lasciando tuttavia al testatore la facoltà di perdonare, riabilitandolo alla successione. Ma nella diseredazione la legge non pronunzia, non colpisce, essa arma il testatore del diritto di pronunziare e di colpire. Suppone che nell'ultimo atto della vita civile, nell'ora solenne dei moribondi, un padre possa per sentimento di vendetta proclamare il disonore della prole sconoscendo il figlio e deturpando il nome della propria figliuola. La supposizione è immorale. Come può mai conciliarsi con la dottrina del perdono? Se la legge ne avesse il potere, dovrebbe, per onore dell'umanità cancellare la parola del testatore, non sanzionarla. Essa potrebbe ancora domandare al genitore offeso se parte della colpa e del disonore che cerca di riversare su la prole non spetti pure a lui. D'altra parte se talvolta i figli gravemente demeritarono verso i genitori, la giureprudenza appena ricorda qualche raro caso in cui i genitori abbiano cercato di vendicarsi con la diseredazione. I magistrati non vi fecero mai buon viso. Ciò prova che essa non risponde ai principii dell'odierna civiltà (1).

§ 472.° Quando la disposizione per atti tra vivi o per testamento sia di un usufrutto, o di una rendita vitalizia, il cui valore eccede la

(1) Relazione uffiziale.

porzione disponibile, gli eredi a vantaggio dei quali la legge fa una riserva, potranno scegliere o di eseguire tale disposizione, o di abbandonare la proprietà della porzione disponibile. La stessa scelta spetta ai legittimarii nel caso in cui si è disposto della nuda proprietà di una quota eccedente la porzione disponibile (art. 810). Secondo le leggi romane l'erede legittimario avea dritto a conseguire la legittima immune da qualsivoglia peso, anche di usufrutto o di una rendita qualunque: per cui se il defunto con atti tra vivi o con testamento l'avesse in qualsivoglia modo lesa, il legittimario aveva il diritto di far ridurre tali disposizioni per conseguire la intera legittima, così in proprietà che in usufrutto.

Secondo il nuovo diritto ove il testatore abbia disposto di un usufrutto, o di una rendita vitalizia, nella quale è difficile determinare se il valore eccede la disponibile, l'erede avrà la scelta o di chiedere la intera legittima in proprietà ed usufrutto o lasciare le cose nel modo stabilito dal testatore. Per mezzo di questa facoltà si vengono a conciliare tutti gl'interessi. Il donatario non ha motivo a dolersi, poichè gli si lascia la quota di cui il defunto poteva disporre; non possono dolersi gli eredi obbligati a somministrar questa rendita o questo usufrutto, avendo essi l'alternativa o di abbandonare la quota disponibile in piena proprietà ed usufrutto, o di prestare la rendita. Essi l'abbandoneranno laddove possono calcolare che la età dell'usufruttuario è abbastanza avanzata, od è colpito da infermità o malattie che presto potranno condurlo alla tomba.

§ 473.° Il valore della piena proprietà dei beni alienati ad un legittimario a capitale perduto (1), o con riserva di usufrutto, sarà imputato alla porzione disponibile, e l'eccedente sarà conferito alla massa. Questa imputazione e questa collazione non potranno essere domandate da coloro fra legittimari, che abbiano dato il loro assenso all'alienazione (art. 811). Questa disposizione ha luogo quando colui che ha ricevuto il disponibile, nella qualità di erede legittimo concorre anche nella riserva. Deve allora imputare i beni ricevuti col disponibile, e conferire lo eccesso se ve n'è nella massa, cioè nella eredità legittima che è composta dalla riserva. Siccome la legge stabilisce di essersi lesa la riserva con la detta specie di contrattazioni, ordina che la eccedenza della parte disponibile dee conferirsi. La collazione generale non può aver luogo, mentre il successibile ha diritto di ritenere tutto ciò che la disponibile non eccede: ha luogo bensì la particolare, cioè quello che può essere eccesso. Quando non v'ha lesione della legittima, l'acquisto a titolo oneroso, sebbene sospettato di donazione, per essersi fatto con la riserva del vitalizio, o dell'u-

(1) L'alienazione a *fondo perduto* risulta da un atto che trasmette all'acquirente la proprietà sia d'un immobile sia di un altro bene, o mediante la prestazione di una rendita vitalizia, o mediante il godimento che sarà conferito a colui che aliena un dritto qualunque durante la sua vita; questo dritto costituirebbe il fondo perduto per la successione, e che ritornerebbe all'acquirente.

sufrutto, non si conferisce, ed il successibile lo riterrà, concorrendo con gli altri coeredi nell'altra parte della eredità che forma la riserva.

Se il defunto aveva un patrimonio di lire 8500, e ne ha alienato a favore di un discendente successibile lire 4500 con riserva di usufrutto, la posizione disponibile è di lire 4250. Egli deve imputare, ossia ritenere le lire 4250 perchè disponibile, e conferire lire 250 alla quota di riserva, nella quale concorrendo con suo fratello otterrà altre lire 2125. Egli può essere obbligato dallo stesso fratello a fare ciò, poichè costui osservando di essere stata lesa la riserva può chiedere la riduzione dell'alienazione; di qui l'obbligazione a conferire le lire 250 nella massa, ed avverrà quello stesso che abbiamo dedotto.

Queste alienazioni possono anche farsi di mobili e di danaro. Sicme sono sospettate di contenere vantaggio indiretto, sono nella stessa categoria. Epperò necessario il ricordare che non si deve nè imputare nè conferire il prezzo realmente pagato. La collazione riconduce alla massa ereditaria ciò che se n'è tolto per successione anticipata. Chi ha ricevuto un fondo per mille, ma ne ha pagato cinquecento, soltanto i cinquecento formando l'indiretto vantaggio, questi soltanto dee conferire nella legittima.

Per queste donazioni mascherate non devesi provare la simulazione o l'animo di donare, ma è dovere del successibile di doverle imputare in quanto al loro valore nella porzione disponibile, e conferire il dippiù nella massa.

I coeredi però non possono domandare tale imputazione e collazione quando avessero dato il loro assenso a tali contratti. Assentire all'atto non vale il solo intervenirvi, ma di esservisi costituito sia come parte principale, sia riconoscendo altrimenti la legalità della vendita : anche il testimone interviene, ma non si dice che prende parte all'atto: *Aliud est vendere, aliud vendendi consentire.*

§ 2.

Dei dritti del coniuge superstite e dei figli naturali nelle successioni testamentarie.

§ 474.° Giusta le cose dette per lo innanzi, la legge presume in grado eminente fra coniugi quell'affetto e quel dovere su' quali poggia il sistema della successione intestata. Ma il mutuo soccorso, che si annovera tra i fini principali del matrimonio viene dalla legge civile sanzionato come dovere giuridico dei conjugi; esso sarebbe sconosciuto ne' suoi effetti quando lo si facesse cessare con la vita di uno dei medesimi. Ponendo a raffronto i doveri tra gli ascendenti e discendenti, e quelli tra marito e moglie, ognuno resta dubbioso a dire quali sieno più sacri e di una maggiore importanza sociale. Dai

doveri fra i conjugi germinano i doveri tra genitori e figli. Riconoscendo pertanto il codice un diritto di riserva a favore del coniuge sopravvivente, altro non fa che trarre dagli stessi principii una medesima conseguenza (1).

§ 475.° Il coniuge ha diritto sull'eredità dell'altro coniuge nel caso che questi lascia figli legittimi o loro discendenti l'usufrutto di una porzione uguale a quella che spetterebbe a ciascun figlio a titolo di legittima, comprendendo nel numero dei figli anche il coniuge (art. 812). Tale porzione è data a titolo di successione ed è quota virile, per determinare la quale si computano conjugi e figli. Epperò se il conjuge predefunto lascia quattro figli e moglie ed un patrimonio di lire 50000, la quota di usufrutto di costei è sopra il capitale di lire 5000; il che non ci pare giusto, poichè eccetto casi eccezionali, nelle esigue eredità la porzione del coniuge non provvede ai suoi stretti alimenti. Se il testatore non lascia discendenti, la parte riservata al coniuge è il quarto in usufrutto (art. 813). La quota di usufrutto del coniuge è il terzo, quando il testatore non lascia nè discendenti nè ascendenti aventi dritto a legittima (art. 814).

L'usufrutto come sopra assegnato a titolo di successione si perde per le cause d'indegnità o quando vi sia una sentenza di separazione personale passata in giudicato. In tal caso avendo il coniuge dato luogo alla separazione per propria colpa, non gode di alcun diritto su la successione del coniuge predefunto, come non gode nel caso stesso di alcun diritto su la successione legittima.

Egli è indifferente che il coniuge superstite sia o no povero. Riguardo alla condizione di povertà, si disse al tempo della formazione del codice, che non poteva ammettersi, sia nel caso di povertà assoluta sia relativa, perchè si concederebbe un diritto a prezzo di una umiliazione, e si darebbe sempre luogo a gravi controversie e ad un pericoloso arbitrio; che inoltre si muterebbe la base stessa del diritto di cui si tratta, che è fondata sul vincolo matrimoniale, e sui doveri che nascono dal matrimonio, perchè riconoscendosi questo diritto nel solo caso della povertà, ciò che si darebbe al coniuge gli verrebbe accordato non più a titolo di legittima, ma piuttosto *charitatis causa* (2).

§ 476.° Quando il testatore lascia figli o ascendenti legittimi e figli naturali legalmente riconosciuti, questi ultimi hanno diritto alla metà della quota che sarebbe loro spettata se fossero legittimi. Pel calcolo della porzione dovuta ai figli naturali fanno numero anche i figli legittimi, con facoltà a questi di soddisfarla nei modi stabiliti dall'art. 744 (art. 815). Quando non vi sono discendenti, nè ascendenti legittimi, i figli naturali hanno diritto a due terzi della quota che loro sarebbe spettata, se fossero legittimi (art. 816).

La riserva dei figli naturali non è reciproca agli ascendenti, poichè

(1) Relazione Pisanelli.
(2) Relazione ufficiale.

costoro non possono trarre vantaggio dalle illecite unioni da cui nacquero i figli naturali: resta quindi agli ascendenti il solo diritto agli alimenti che è reciproco tra più stretti congiunti sieno legittimi, sieno naturali propriamente detti (1).

I discendenti legittimi del figlio naturale possono reclamare i diritti stabiliti a di lui favore (art. 817).

§ 477.° La porzione dovuta al coniuge ed ai figli naturali si detrae dalla parte disponibile, talchè non può mai recare pregiudizio agli altri eredi legittimi, cioè ai discendenti legittimi con gli ascendenti che hanno diritto alla legittima (art. 818). Rispetto alla quota dei figli naturali sarebbe contrario a tutti i principii di ragione e di giustizia di far sopportare ai figli legittimi la colpa dei loro genitori, scemando per effetto della riserva loro dovuta la porzione di eredità che la legge vuole ad essi riservata. Calcolando invece la legittima dei figli naturali su la porzione disponibile, non solo non si pregiudica ai diritti della famiglia, ma si può sperare che ciò serva anche di maggior ritegno a mancare ai principii morali (2).

§ 478.° È in facoltà degli eredi di soddisfare alle ragioni del coniuge sia mediante l'assicurazione di una rendita vitalizia, sia mediante l'assegno dei frutti di beni immobili o capitali ereditari da determinarsi di accordo, o altrimenti dall'autorità giudiziaria, avuto riguardo alle circostanze del caso. Sino a che il coniuge non sia soddisfatto delle sue ragioni conserva i suoi diritti di usufrutto su tutti i beni ereditari (art. 819). Questa disposizione tende ad evitare ogni imbarazzo nella divisione ereditaria; e quanto all'ultima parte della stessa non si dee confondere la conservazione dei dritti su tutti i beni, col possesso dei beni ereditari che vien attribuito ai successori universali in conformità della legge.

Qualora il coniuge abbia accettata la rendita vitalizia è avvenuto il tramutamento del suo diritto immobiliare, ove la eredità non mancava di beni stabili, in dritto mobiliare (art. 418) ed i beni della successione restano liberi da ogni vincolo ipotecario, qualora la rendita vitalizia non fu garentita con ipoteca su' medesimi.

§ 479.° Nel resto il coniuge superstite ed il figlio naturale per le quote di usufrutto o di proprietà rispettivamente loro attribuite, godono degli stessi diritti e delle stesse garentie di cui godono i legittimari riguardo alla legittima, salvo ciò che è stabilito dagli articoli 815 e 817 (art. 820); quindi possono agire per la riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni che violano le quote di usufrutto e di proprietà loro attribuite dalla legge.

Ma se al coniuge superstite od al figlio naturale, altri beni sonosi lasciati per testamento, devono imputare alle rispettive quote, il primo tutto ciò che gli sia pervenuto per effetto delle convenzioni

(1) Vedi relazione uffiziale.
(2) Comm. legisl. seduta del 12 maggio 1865.

matrimoniali, il secondo tutto ciò che abbia ricevuto in vita dal genitore e che sia soggetto ad imputazione a norma delle disposizioni contenute nella sezione IV del capo III di questo titolo (art. 820). Se la quota devoluta al coniuge non è una vera legittima in proprietà e quindi non gli attribuisce la qualità di erede, però essa gli è assicurata con le stesse garenzie di cui godono gli eredi aventi diritto a riserva. Fra le conseguenze che derivano da questa assimilazione vuolsi accennare quella, per cui il coniuge non può essere tenuto, in ragione del suo usufrutto al pagamento dei legati, ancorchè tale in genere sia l' obbligo dell' usufruttuario di una quota parte di patrimonio. È principio che la legittima non può essere sottoposta a condizione o peso; nè potrebbe l' obbligo di pagare i legati conciliarsi col diritto che appartiene al coniuge, di farli ridurre per mantenere salva la sua quota di usufrutto (1).

§ 3.

Della riduzione delle disposizioni testamentarie.

§ 480.° Riconosciuta la legittima a favore dei più stretti congiunti e la quota di usufrutto al coniuge superstite, era giusto concedere l' azione della riduzione, onde i disponenti non oltrepassassero i limiti segnati dalla legge. Epperò le disposizioni testamentarie, le quali eccedono la porzione disponibile, sono riducibili alla detta porzione al tempo in cui si apre la successione (art. 821).

Il diritto a domandare la riduzione non può spettare che a coloro che vi hanno interesse, e questi sono i legittimari, ovvero i loro eredi e successori universali o particolari. Se il fine della riduzione è quello di conservare salva la riserva, i soli legittimari hanno diritto a chiederla. La riduzione non può essere chiesta dai legatari e dai creditori del defunto, poichè circa i primi i loro diritti non sono più favorevoli di quelli dei legatari, e quanto ai secondi essi non possono turbare i possessori aventi titoli anteriori, e la massa si forma dopo detratti i pesi e debiti. D' altronde se il loro titolo è anteriore alla donazione, devono imputare ad essi di non aver cercato di prendere in ipoteca i beni donati, e possono attaccare di frode la donazione se è stata fatta in offesa dei loro diritti. Se poi il loro titolo è posteriore al dono, essendo i beni usciti dal patrimonio del defunto, non possono fare su gli stessi alcun assegnamento per lo pagamento dei loro crediti.

Del pari non potrebbe chiedersi la riduzione dallo stesso donante, ostandogli il fatto proprio, nè egli potrebbe trarne profitto.

(1) Relazione ufficiale.

Le donazioni fatte in offesa dei diritti dei legittimari non sono nulle, ma solo riducibili alla quota che la legge permette di disporre.

Tra le donazioni si annovera la dote, la quale comunque possa dirsi un debito naturale del padre, pure è un trasferimento a titolo gratuito che è soggetto a riduzione nei casi enunciati.

La riduzione può chiedersi solo al tempo dell' apertura della successione, imperocchè allora si verificano i diritti di tutti; ond' è che per decidere se vi sia luogo a riduzione, non si calcola il valore del disponibile al momento della donazione, ma all' epoca di quell' apertura. La quota di riserva non è regolata dalle leggi in vigore al momento della disposizione, ma da quelle che imperano al tempo della morte. Infatti la riserva non può regolarsi che alla detta epoca, poichè essa è una parte dell' eredità, e durante la vita del donante non vi sono eredi, nè riserva. Nondimeno circa la capacità di donare e di ricevere si deve stare alla legge del tempo in cui la disposizione si fa, giusta le cose dette precedentemente, salva la riduzione, ove la quota dovuta o data a titolo di dote si trovi di oltrepassare la porzione disponibile dei beni al tempo della morte del testatore..

§ 481.° Per determinare la riduzione si forma una massa di tutti i beni del testatore al tempo della morte, detraendone i debiti (art. 822). Questa massa va composta dei beni di ogni specie che rattrovansi al tempo della morte, sieno mobili, sieno immobili, le produzioni dell' ingegno, ed ogni altro diritto certo spettante al defunto.

Fra debiti bisogna comprendere le spese di ultima infermità, le funerarie, quelle di apposizione e rimozione di sigilli, quelle per l' inventario, i compensi agli avvocati e procuratori, le elemosine ordinate dal testatore, e simili.

Inoltre bisogna riunire fittiziamente i beni di cui il defunto durante la sua vita ha disposto a titolo di donazione, quanto ai beni mobili secondo il loro valore al tempo delle donazioni, e quanto ai beni immobili secondo il loro valore al tempo delle donazioni, e secondo il loro stato al tempo delle donazioni ed il loro valore al tempo della morte del donatore ; e sull' asse così formato si calcola quale sia la porzione di cui il testatore ha potuto disporre, avuto riguardo alla qualità degli eredi aventi diritto a riserva (art. 822). Dopo formato l' attivo dell' eredità, si toglie il passivo, cioè i debiti, e quello che resta si unisce fittiziamente alle donazioni fatte in vita dal defunto, per vedere l'ammontare effettivo del suo patrimonio al tempo dell'apertura della successione.

Egli è indifferente che la donazione sia puramente gratuita o rimuneratoria, fatta nella forma genuina o sotto forma di contratto oneroso, o di divisione fatta dal padre fra suoi figli.

§ 482.° Per determinare il valore dei beni compresi nella massa, su la quale dee misurarsi la quota disponibile è necessario farne la stima. Siffatta stima quanto ai beni ereditari lasciati dal defunto dee farsi avuto riguardo al tempo dell'apertura della successione, nascendo

negli eredi legittimi il diritto alla quota di riserva. Non dee aversi riguardo ai miglioramenti o deterioramenti che i beni possono aver subiti (art. 821 e 1091). Quanto ai beni donati, se sono immobili debbono stimarsi secondo il loro stato al tempo della donazione ed il loro valore al tempo della morte del donante (art. 822), vale a dire, senza calcolare nè l'aumento nè la diminuzione del loro valore, avvenuti nei beni donati sia per fatto del donatario, sia dei suoi eredi; ma è d'uopo tener conto di detti aumenti e diminuzioni ove sieno avvenuti per caso fortuito. Se i beni sono mobili devono stimarsi secondo il valore al tempo delle donazioni, senza distinguere se sieno fungibili e non fungibili, cioè se si consumino e no con l'uso.

§ 483.° Sono soggette a riduzione tutte le disposizioni testamentarie tanto a titolo universale quanto a titolo particolare. La riduzione si fa proporzionalmente senz' alcuna distinzione fra eredi e legatari, qualunque sia l'oggetto della cosa legata, sia di quantità sia di beni fondi, sia di rendita vitalizia, e simili (art. 824).

Egli è indifferente la data diversa dei testamenti, poichè tutti ricevono la loro forza dal giorno della morte del testatore, e si considerano come se fossero stati fatti nello stesso giorno.

Se il testatore ha dichiarato di volere che una sua liberalità abbia effetto a preferenza delle altre, questa preferenza ha luogo, ed una tale disposizione non viene ridotta se non in quanto il valore delle altre liberalità non fosse sufficiente a compire la porzione legittima (art. 825). La ragione di questa disposizione sta in ciò che il legittimario non ha diritto a pretendere la sua riserva sopra ogni cespite ereditario; ma è sufficiente che l'abbia dovunque; quindi il testatore può ben sottrarne alcuno quando gli altri sono sufficienti a completarla.

§ 484.° La riduzione deve farsi in natura, poichè la porzione legittima dev' essere lasciata libera ed anche in natura ai successibili; quindi le cose donate o trasferite col testamento che oltrepassino la quota di riserva contengono beni immobili e mobili, corporali ed incorporali, la riduzione dee farsi sopra ciascuna specie di beni. Fra più donazioni dev' essere ridotta l' ultima o rimanere senza effetto perochè essa ha arrecato pregiudizio alla quota di riserva. Nondimeno se il legato soggetto a riduzione sia di un immobile, la riduzione si fa con la separazione di altrettanta parte dell' immobile medesimo, se questa può aver luogo comodamente. Ove la separazione non possa farsi comodamente e il legatario abbia nell' immobile un' eccedenza maggiore del quarto della porzione disponibile, deve lasciare l' immobile per intero nell'eredità, salvo a lei il diritto di conseguire il valore della porzione disponibile. Se l' eccedenza è eguale al quarto o minore di esso, il legatario può ritenere tutto l' immobile compensando in danaro coloro ai quali è riservata la porzione legittima. Il legatario però che ha diritto alla legittima, può ritenere tutto l' immoblle purchè il valore di esso non superi l' importo della porzione disponibile e della quota che gli spetta nella legittima (art. 826).

§ 485.° In conseguenza dell' avvenuta riduzione il donatario è nell' obbligo di restituire i frutti di ciò che eccede la quota di riserva dal giorno della morte del testatore, avendoli goduti in buona fede pel tempo anteriore. D' altronde nel tempo della morte le cose vengono rimesse nello stato, come se non si fosse fatta la donazione, e quindi i frutti debbono essere lasciati a coloro ai quali sono dovuti. Solo si richiede che il legittimario ne faccia la domanda fra l' anno; altrimenti decorrono dal dì di questa, specialmente se i beni furono alienati, poichè in tal caso è d' uopo ricorrere alle regole ordinarie, per la quale i terzi detentori non sono obbligati alla restituzione che dal giorno della domanda, anche quando questa siesi formata entro l' anno dalla morte (art. 1094).

§ 486.° In secondo luogo gl' immobili che si ricuperano mediante la riduzione rientrano alla quota di riserva liberi da ogni peso od ipoteca imposta dal donatario, giusta la massima *resoluto iure donatis, resolvitur etiam ius accipientis*; avvegnachè l' erede legittimario riceve i beni non dalla legge (*legitimari haeredes bona habent a lege, non a defuncto*) ed il suo titolo risalendo al tempo della donazione, suppone che il disponente non poteva fare quella donazione in offesa ai diritti del legittimario; epperò si reputa che il donante ne abbia disposto con la condizione tacita del regresso a favore del legittimario.

Sotto il nome di peso o di ipoteche s' intendono tutte le afficienze a titolo gratuito come servitù, donazioni mascherate sotto la forma di contratti onerosi, o vantaggi indiretti di ogni altra specie.

Dal principio che il donantario non può trasferire in altri diritti maggiori di quelli che egli stesso vi rappresenta, segue la conseguenza che l'azione per riduzione possa esercitarsi dagli eredi legittimari, contro tutti i detentori degl' immobili contenuti nella donazione od altrimenti dal donatario alienati (art. 1895).

SEZIONE V.

DELL' ISTITUZIONE DI EREDE E DEI LEGATI.

§ 487.° Dopo essersi determinata la forma dei testamente, la porzione di cui si può disporre per testamento, la legittima in pro del coniuge e dei figli naturali, non che la riduzione delle disposizioni testamentarie, è d' uopo discorrere delle diverse specie di queste e dei loro effetti.

§ 488.° L' istituzione di erede importa la nomina di colui che deve succedere in tutti i dritti ed obblighi del defunto: *In universum ius quod defunctus tempore mortis habuit*. La voce *erede* è sinonima di *dominus* che deriva da *herus* padrone. Oggi serve a dinotare colui

che raccoglie la succecsione del defunto, rappresentandone i diritti e compiendone i doveri in tutto ovvero in parte.

L' eredità significa la massa, la universalità dei beni e pesi che colui che muore lascia ai suoi successibili. L' universalità è un' ente fittizio, astratto, che può essere diminuito o distrutto a piacimento secondo che se ne disgiungono, o dissipano talune parti che la compongono, senza che però se ne alteri il concetto, poichè sempre la massa rimane a malgrado delle sottrazioni. Ogni parte distrutta, riceve la impressione de' pesi, essendo essa un utile, ed all' utile va annesso il peso.

Chiamasi *legato* ogni disposizione di beni fatta con testamento. Questa parola deriva da *lex,* e legge era il testamento presso i Romani, concetto che filosoficamente non è dalla moderna giureprudenza rifiutato, essendo in sostanza una legge che il testatore detta ai suoi successori: *dicat testator et erit lex.*

Secondo i Romani l' istituzione dell'erede e il testamento erano due termini correlativi i quali riuniti componeano un sol tutto, poichè per far testamento doveasi nominare un erede, e per nominarne uno o più si dovea far testamento. Fu questa la ragione per la quale l' istituzione di erede fu detta *caput aut fundamentum totius testamenti.*

Per antico dritto non poteasi fare un legato senza istituire un erede, sul motivo che non poteasi comandare all'erede legittimo che ripeteva il suo dritto dalla legge, e non dal testatore. Dovevasi dunque nominar l'erede, ed a costui ingiungere la somministrazione del legato, il quale non potevasi fare che con un testamento: la nomina perciò dell' erede non poteva aver luogo con codicillo.

Oggi tutto si è reso semplice, e le voci *erede e legatario universale* esprimono una stessa cosa, e portano alle stesse conseguenze giuridiche. Egli è del pari indifferente che il testatore usi le parole *nomino, istituisco erede, dono, dispongo, lascio la mia sostanza* a Tizio, poichè in tutte queste voci è espressa la volontà del testatore di trasferire i suoi beni all' erede chiamato: *Non enim in causa testamentorum ad verborum definitionem utique descendendum est, cum plerumque abusive loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur* (1).

In conclusione ciò che vuole la legge, è che un uomo possa col suo testamento disporre di tutti o di parte de' suoi beni, o solamente di una cosa certa. Importa poco alla legge che l'uomo dica di nominare tale per erede, o di nominarlo per erede universale. Poco monta che il testatore il quale voglia disporre a pro di un individuo del terzo della successione, o del terzo di una specie dei suoi beni mobili ed immobili, lo dichiari erede o dica d' istituirlo nel terzo, o che gli doni, o che gli leghi il terzo.

(1) L. 69 Dig. de legatis.

Finalmente importa poco alla legge che il testatore dica o che istituisca il tale erede in una cosa particolare, o che gli leghi una cosa particolare; essa giustamente si attiene all' idea del testatore ed alla natura delle disposizioni (1).

L' erede o il legatario universale dev'essere nominato in modo chiaro e positivo da potersi determinare con certezza la persona designata dal testatore a succedergli. Ma è indifferente che si designi questa col proprio nome e cognome, o con indicazioni od equipollenti che valgono a ben precisarla.

§ 489.° Il testatore può esprimere nel testamento la causa, ossia il motivo per cui prescelse a suo erede la persona chiamata a succedergli. Non importa se la causa riposi sopra fatti in seguito riconosciuti falsi; perocchè il testatore non era obbligato di esprimere il motivo vero o solo che lo spingeva ad istituire erede la persona nominata: donde la regola che la falsa causa non nuoce alla istituzione di erede (art. 828). Questa regola però va soggetta ad eccezione, quando la causa sia finale; il che può desumersi sia dalla sua natura, sia dal complesso delle sue disposizioni, come se il testatore abbia disposto: *Istituisco erede Mevio se abbia ottenuto la laurea dottorale in legge; se abbia riportato una decorazione per azioni meritorie,* ec.

§ 1.

Delle persone e delle cose formanti l'oggetto delle disposizioni testamentarie.

§ 490.° In qualunque modo sia designata nel testamento la persona istituita erede, non è ammessa alcuna prova che la istituzione di erede sia soltanto apparente e riguardi altra persona, non ostante qualunque espressione del testamento che la indicasse o potesse farla presumere (art. 829); avvegnachè la designazione della persona, soggetto essenziale della disposizione testamentaria, dev' essere formale e non desumersi per interpretazione. Però se l'erede nominato nel testamento dichiari che la disposizione è fatta a lui nominalmente, e che in realtà riguardi altra persona che nomina, giusta la promessa fattane al defunto, tale dichiarazione è valida e sufficiente a conferire la qualità e i dritti di erede alla persona che da lui sia nominata. Del pari se la disposizione per nulla vantaggi l'erede, e solo gli dà il carico di dividere ad altri il retaggio mediante un semplice legato a suo favore, si avrà anzichè un vero erede, un erede fiduciario per tutti gli effetti di legge.

Ma è ammessa la prova anzidetta se la istituzione di erede o il le-

(1) Motivi del codice civile francese.

gato universale viene impugnato, perchè fatto a favore di persona interposta in pro di persone incapaci (art. 829).

§ 491.° In conseguenza del principio che richiede la designazione precisa della persona dell'erede, è nulla ogni disposizione fatta a favore di persona che sia incerta in modo da non poter essere determinata (art. 830), mancando in tal caso la persona dell'erede. Per diritto romano la istituzione dell'erede poteva essere espressa o tacita; la prima aveva luogo allorchè si nominava chiaramente la persona dell'erede; la seconda avveniva quando la persona dell'erede non nominavasi, ma si dinotava per mezzo di qualche segno, o di qualche marca indubitabile, come per esempio *per demonstrationem corporis, artificii, officii, vel necessitudinis, vel affinitatis* (1).

§ 492.° Fra le disposizioni nulle per l'incertezza della persona dell'erede, sonovi quelle fatte per l'anima o a favore dell'anima espresse genericamente (art. 831). Ma non potrebbe dirsi tale la disposizione con cui il testatore abbia ordinato che determinate quantità sieno impiegate in suffragio dell'anima sua e dei suoi congiunti, costituendo ciò un peso della successione che resta abbandonato alla coscienza dell'erede. Del pari non sarebbe nulla la disposizione con cui si lasciasse una parte dell'eredità, o si facesse un legato con l'obbligo di addirne parte a celebrazione di messe. Invece sarebbe nulla la disposizione se tutta la massa dei beni si destinasse a tale uso (2).

In ogni caso non è data azione al sacerdote per avventura nominato nella disposizione per celebrare le messe, ed ottenere la elimosina indicata dal testatore, non potendo trasformarsi in obbligo giuridico quello di natura esclusivamente morale e messo dal diritto pubblico odierno alla coscienza dell'erede.

Al contrario non vi ha incertezza della persona nelle disposizioni a favore dei poveri, od altre simili espresse genericamente senza che sia determinato l'uso, l'opera pia o il pubblico istituto in cui favore sieno fatte, o quando la persona incaricata dal testatore di determinarlo non possa o non voglia accettare l'incarico: in tali casi le disposizioni s'intendono fatte in favore dei poveri del luogo del domicilio del testatore al tempo di sua morte, e sono devolute all'istituto locale di carità (art. 832).

§ 493.° La persona dell'erede, oltre di dover essere certa, vuol esser nominata dal testatore, avvegnachè ogni disposizione testamentaria dev'essere l'espressione diretta della sua volontà; quindi è nulla la disposizione fatta a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo (art. 834), essendo strano ed incomprensibile questo modo di disporre, come quello che suppone l'abdicazione di un diritto strettamente personale al testatore.

Solo è valida la disposizione a titolo particolare in favore di persona

(1) L. 34 Dig. de condit. et demonstr.
(2) Dispaccio del 12 agosto 1870; Aubry e Rau, pag. 471; Pacifici-Mazzoni, pag. 206.

da scegliersi da un terzo fra più persone determinate dal testatore od appartenenti a famiglie e corpi morali determinati, ed è pure valida la disposizione a titolo particolare a favore di uno fra più corpi morali determinati parimenti dal testatore (art. 834).

§ 494.° Non diversamente della persona dell'erede, i beni che le sono lasciati vogliono essere determinati dal testatore. Se al contrario siesi lasciato all'arbitrio di un terzo di determinare la quota ereditaria, la istituzione sarà nulla, come se il testatore dicesse: *Dichiaro Caio erede dei miei beni, in quella porzione che crederà mia moglie.*

§ 495.° Quanto all'obbietto della istituzione di erede, sono nulle le disposizioni ordinate al fine di istituire o dotare benefizi semplici, cappellanie laicali od altre simili fondazioni (art. 833). Siffatte disposizioni erano state per lo passato e con effetto retroattivo abolite con le leggi di soppressione degli ordini monastici ed altri enti morali, e solo per eliminare ogni dubbio si è riprodotta nel codice la enunciata disposizione. Nondimeno la giureprudenza ritiene valida la disposizione con la quale si lascia una somma per destinarsi alla celebrazione di messe, sia a favore di una chiesa, sia di un corpo morale laicale od ecclesiastico, come una congrega, un conservatorio, una parrocchia, un vescovado. In niun caso sarebbe però lecito trasferire agli stessi beni stabili, i quali andrebbero soggetti a conversione (art. 32 leg. 7 luglio 1866). Si è ancora assodato che nel caso di legato o dazione di somme per celebrazione di messe, non essendovi trasferimento a titolo gratuito, non è necessaria l' approvazione sovrana.

§ 496.° È del pari nullo il legato della cosa altrui, salvo se sia espresso nel testamento, che il testatore sapeva essere cosa altrui, poichè si presume che abbia voluto dare una cosa simile. In tal caso è in facoltà dell'erede o di acquistare la cosa legata per rimetterla al legatario o di pagarne a costui il giusto prezzo. Se però la cosa legata, quantunque di altri al tempo del testamento, si trovi in proprietà del testatore al tempo di sua morte, è valido il legato della medesima. Qui si suppone la ignoranza del testatore di essere la cosa di altri, altrimenti avrebbe dato altro oggetto al legatario (art. 837); come pure è valido il legato di cosa appartenente all'erede od al legatario incaricato di darla ad un terzo (art. 838). Se poi al testatore, all'erede, od al legatario appartiene una parte della cosa legata od un diritto su la medesima, il legato è valido soltanto relativamente a questa parte od a questo diritto; salvo che risulti della volontà del testatore di legare la cosa per intiero in conformità dell'art. 837 (art. 839). Le anzidette disposizioni sono tratte dal diritto romano. Secondo questo il testatore non solo poteva legare la cosa propria, ma anche quella dell' erede o di un terzo (1).

Il legato della cosa appartenente all'erede era valido tanto se il testatore avesse conosciuto che la cosa era dell'erede, quanto se credeva

(1) Gaio, II. 202, Inst. § 4 de legatis.

che fosse sua (1). Diversamente avveniva pel legato della cosa altrui, dappoichè non solo si richiedeva che la cosa fosse in commercio, ma bisognava ancora che il testatore avesse saputo che la cosa non gli apparteneva. Se credeva di essere sua, il legato si reputava fatto per errore, e perciò nullo (2). Anche in questo secondo caso il legato della cosa altrui era valido se fosse fatto *proxime vel conjunctae personae. Cum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato, quam ex fideicommisso ab eo qui legatum, seu fideicommissum meruit, peti potest. Quod si suam esse putavit: non aliter valet relictum, nisi proximae personae, vel uxori, vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, et si scisset rem alienam esse* (3).

Nei casi in cui era valido il legato della cosa altrui l'erede era obbligato o di comprare la cosa, se questa poteva aver luogo facilmente, o di pagarne il prezzo (4).

Vuolsi però avvertire che il legato della cosa altrui si potè fare per modo di regola quando Giustiniano tolse via ogni distinzione tra le diverse formole di legato, sicchè tutte producevano il medesimo effetto. Nei primi tempi il legato non potevasi fare se non con formole solenni, le quali si differenziavano secondo che si voleva, che in un modo piuttosto che in un altro il legato passasse al legatario. Si riconoscevano le seguenti specie di legati: 1° Quello *per vindicationem* allorchè adoperavansi le parole: *Hominem Stichum do, lego, sumito, capito, habeto*. In questo caso il testatore trasmetteva direttamente il dominio del legato nel legatario, che l'acquistava al tempo della sua morte, e poteva rivendicare la cosa come propria. Essendo questi gli effetti del legato *per vindicationem*, naturalmente ne veniva che non potevasi legare la cosa dell'erede e molto meno quella altrui. 2° Il legato *per damnationem* facevasi con le parole: *heres meus damnas esto, dare, dato, facito, eum dare jubeo*. In questo caso il legatario avea una semplice azione personale contro l'erede, e per cui in questa forma potevasi legare la cosa del testatore, quella dell'erede, e quella di un estraneo. 3° Il legato *sinendi modo* facevasi con la formola: *heres meus sinito legatarium sumere*. Questo legato teneva un giusto mezzo tra' due legati sopra indicati in guisa che il legatario avea una quasi azione di revindica; e per cui in questa forma si potevano legare le cose del testatore e quelle dell'erede, ma non quelle appartenenti all'estraneo. 4° Finalmente il legato per *praeceptionem*: *Lucius Titius hominem Stichum praecipito*, col quale, allorchè ad un individuo si lasciava una parte della eredità gli si dava il diritto di percepire l'oggetto legato: *Qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipiat legatum, quod habiturus est* (5).

(1) L. 67 § 8, ff. de legat.
(2) L. 67 § 8, ff. eod. tit.
(3) L. 10, cod. de legatis.
(4) Inst. § 4 eod tit. e 4 § ult. ff cod. tit.
(5) Gaio II, § 217.

§ 497.° Il legato è del pari invalido nei seguenti casi:

1° Se fu lasciato a persona incapace, salvi i suoi effetti in pro dei discendenti del legatario (art. 890).

2° Se ha per oggetto una cosa che nel momento in cui fu fatto il testamento era già in proprietà del legatario (art. 843).

3° Se sia stato estorto per mezzi illeciti e fraudolenti, cioè se sia captatorio.

§ 498.° Il legato valido in origine, diviene invalido in progresso di tempo:

1° Se la cosa particolare, o che cada sotto un certo genere od una certa specie, lasciata dal testatore come propria, non si trova al tempo della sua morte nel suo patrimonio (art. 841);

2° Se il legato essendo di una cosa o di una quantità da prendersi in certo luogo alla morte del testatore non vi si trova (art. 842).

§ 499.° Il legato si estingue:

1° Se il legatario premuore al testatore (art. 890);

2° Se la condizione dalla quale dipende l'acquisto del diritto sul legato non si verifica;

3° Se il legatario riceve in donazione la cosa legata, poichè non gli è permesso di acquistare la stessa cosa per un doppio titolo lucrativo;

4° Se la cosa legata sia interamente perita, mancando in tal caso l'oggetto del legato.

§ 500.° Il legato di un credito o di liberazione di un debito ha effetto per la sola parte che sussiste al tempo della morte del testatore. L'erede è soltanto tenuto a rimettere al legatario i titoli del credito legato che si trovavano presso il testatore (art. 844). Se il testatore senza far menzione del suo debito, fa un legato al suo creditore, il legato non si presume fatto per pagare il legatario del suo credito (art. 845). Se il legato è una disposizione gratuita, una liberalità *nullo iure cogente*, non può considerarsi come un'estinzione di debito o un pagamento. Quello che si farebbe da un debitore ad un creditore non sarebbe che una compensazione del credito che è nell'obbligo di pagare. La legge romana era in ciò di accordo, eccetto quando la volontà del testatore, sia espressa, sia tacita non fosse stata diversa (1).

Per altro si permetteva al testatore di legare ciò che doveva al suo creditore, ma il legato doveva essere più ampio del debito, come se il debitore di mille, avesse legato mille e dugento, ovvero dovendo alcuna cosa con condizione l'avesse legata puramente e semplicemente. In tali casi il vantaggio che si procurava al legatario sosteneva l'idea del legato.

§ 501.° Il legato di alimenti comprende il vitto, il vestito, l'abitazione e le altre cose necessarie durante la vita del legatario, e può

(1) L. 84 Dig. de legatis.

anche estendersi secondo le circostanze all'istruzione conveniente alla sua condizione (art. 846).

§ 502.° Quando colui che ha legato la proprietà di un' immobile, l' avesse accresciuta con acquisti posteriori, questi ancorchè contigui non fanno parte del legato senza nuova disposizione (art. 847). Gli acquisti posteriori non inducono la volontà del testatore di averli fatti nell' interesse del legatario; ma si spiegano col desiderio comune ad ogni uomo di farli per migliorare la propria condizione. Ove il testatore crede di trasferirli al legatario, è d'uopo che specifichi la sua volontà in uno dei modi permessi dalla legge.

Ne fanno parte però gli abbellimenti, le nuove fabbriche nell' immobile legato e le ampliazioni al circuito di un recinto (art. 848). L'accrescimento ha sempre luogo sia che le fabbriche furono aggiunte a quelle già esistenti sopra un fondo urbano, o quelle interamente nuove fatte in un fondo rustico, poichè nell' un caso e nell' altro si presume esser volontà del testatore di accrescere la cosa legata a beneficio del legatario. D' altronde gli abbellimenti e le nuove fabbriche come accessorie del legato (*solo cedunt*). Epperò se le stesse veggonsi fatte dove prima eravi una semplice aia appartengono al legatario.

Al contrario secondo le leggi romane i nuovi acquisti si appartenevano anche al legatario; eccetto se il testatore non li possedesse separatamente: *Cum fundus nominatim legatus sit, si quid ei post testamentum factum adiectum est id quoque legato cedit, etiam si illa verba adiecta non sint, qui meus erit: si modo testator ea partem non separatim possedit, sed universitati prioris fundi adiunxit* (1).

§ 2.

Delle disposizioni condizionali o a termine.

§ 503.° Le diposizioni testamentarie a titolo universale o particolare possono farsi puramente e semplicemente, e possono farsi sotto condizioni o a termine.

La condizione è un avvenimento futuro ed incerto che verificandosi produce o la sussistenza della istituzione o la sua risoluzione: il termine ne ritarda solo l'esecuzione.

Laddove nei contratti le condizioni nulle, rendono nulle le obbligazioni, nelle disposizioni testamentarie le condizioni nulle, impossibili o contrarie alle leggi od al buon costume, si hanno per non iscritte. In tali casi la disposizione sussiste, e l'erede o il legatario, malgrado la condizione illecita apposta dal testatore, ritiene la sostanza trasmessagli, e non è obbligato di adempiere la illecita condizione.

Sarebbero condizioni impossibili quelle di toccare il cielo col dito,

(1) L. 10 ff. de legatis.

o praticare ogni altra cosa superiore assolutamente alle forze umane. Sono contrarie alla legge quelle dirette a sottrarre alcuno dalla potestà patria, maritale, o tutoria. Sono contrarie alla morale quelle di passeggiare ignudo per le strade, o compiere ogni altra azione disonesta e contraria nel contempo alla morale ed alla legge, come quella di uccidere, di ferire, di percuotere, ec.

Tra le condizioni illegali deve enumerarsi quella con la quale si obbliga l'erede di domiciliare perpetuamente in un luogo, o l'altra che impedisce tanto le prime quanto le seconde nozze (art. 850), promuovendosi in tal caso la immoralità e la offesa ai pubblici costumi, poichè si forzano le persone degli eredi a vivere in uno stato contrario alla natura pel desiderio di non perdere il dono.

Egli è indifferente che la condizione sia imposta ad un uomo o ad una donna, o che si vieti il matrimonio senza il consenso di un terzo, sia o no parente; salvo se il consenso sia richiesto per legge.

Al contrario non sarebbe nulla la condizione di vietare il matrimonio fino ad una certa età, purchè ragionevole, o di non contrarlo sino ad una certa età col consenso di un terzo o di non contrarlo con una determinata famiglia, o con determinate classi di persone, poichè in tali casi la condizione può essere imposta per motivi di prudenza o di affetto, o per decoro di famiglia.

In linea di eccezione è ritenuta valida la condizione della vedovanza apposta alla istituzione di erede fatta dal coniuge a favore del coniuge superstite (art. 850). Questa condizione è ammessa dalla legge pei riguardi che merita la volontà del coniuge defunto onde il coniuge superstite gli conservi la fede, non divida col nuovo coniuge le ricchezze da lui lasciategli e ponga i figli sotto la sferza di un patrigno o di una matrigna.

La condizione della vedovanza, ove sia lecita, non s'intende mancata, se la persona vive in concubinato, e se contragga un matrimonio puramente religioso. Egli è vero che la giureprudenza offre già qualche decisione in senso contrario; ma noi vogliamo augurarci che la stessa si ritratti per lo avvenire, essendo impossibile di attribuire effetti giuridici ad un vincolo puramente spirituale, sul fondamento del quale chi lo contrae non potrebbe giovarsene per qualsiesi effetto di legge.

La condizione in genere di contrarre matrimonio è lecita; ma non sarebbe tale se fosse imposta a persona ecclesiastica, cui per legge del proprio stato è divietato il matrimonio.

Tra le condizioni illecite va certamente annoverata quella che restringe la libertà ed impone la rinunzia ai diritti naturali, come è quella di prendere lo stato ecclesiastico; e ciò per evitare che alcuno per l' esca del guadagno prenda uno stato senza poterne adempiere i doveri, divenga occasione di scandalo, e porti il disonore nelle famiglie.

È nulla la disposizione sotto la condizione che sia vicendevolmente avvantaggiato nel testamento del suo erede o legatario (art. 852); come pure si ha per non apposto ad una disposizione a titolo univer-

sale il giorno dal quale debba la medesima cominciare o cessare (art. 851); e ciò per evitare che si riproduca indirettamente una disposizione fedecommessaria vietata dalla legge.

È del pari illecita la condizione di non alienare le cose trasmesse, di rimanere sempre in comunione, di elevare un edifizio al di là dell'altezza permessa dai regolamenti edilizi, ec.

Sono da ultimo lecite tutte le condizioni che impongono di non fare cose illecite o contrarie alla legge, di non uccidere la moglie infedele, di apprendere un'arte o professione conforme alla condizione propria, di aggiungere al proprio un altro cognome od anche di cangiarlo nella concorrenza di speciali ragioni, come quelle di abbandonare un cognome che rivela turpi natali. In ogni altro caso crediamo nulla la condizione, poichè non bisogna autorizzare la capricciosa abdicazione di un cognome che può essere la gloria di una famiglia, e non dee dipendere dall'inetta volontà di un testatore di gittare nell'oblio con l'allettamento del danaro un cognome onorato.

§ 504.° Quanto allo effetto delle condizioni lecite e possibili è d'uopo distinguere la sospensiva dalla risolutiva. Nel primo caso la disposizione rimane in sospeso finchè la condizione non si verifichi o non manchi; ma verificandosi la condizione la disposizione si considera come fatta puramente e semplicemente; quindi il suo effetto si retrotrae al giorno della morte del testatore. Egli è però necessario che la persona a cui favore si è disposto sia in vita il giorno in cui si verifichi la condizione; altrimenti, non avendo essa neppure la possibilità di ricevere per testamento, la disposizione rimane senza effetto (art. 853). Ma se la condizione sospenda soltanto l'esecuzione della disposizione questa si considera come fatta puramente e semplicemente, e quindi l'erede acquista il diritto alla cosa disposta in suo favore dal giorno della morte del testatore, e come diritto acquistato può trasmetterlo ai suoi eredi (art. 854).

§ 505.° Se il testatore ha lasciato l'eredità o il legato sotto l'obbligo all'erede o al legatario di non fare o non dare, l'erede o il legatario è tenuto a dare cauzione o altra sufficiente cautela per l'esecuzione di tale volontà a favore di quelli, ai quali l'eredità o il legato dovrebbero devolversi in caso di non adempimento (art. 855). Se poi a taluno è lasciato un legato, e il testatore ha dispensato l'erede o il legatario dall'obbligo della cauzione, non è dubbia la validità di siffatta dispensa.

§ 506.° Se a taluno è lasciato un legato sotto condizione o dopo un certo tempo, chi è gravato del legato può essere costretto a dare cauzione od altra sufficiente cautela al legatario (art. 856).

Se l'erede fu istituito sotto una condizione sospensiva, finchè questa condizione si verifichi o sia certo che più non si possa verificare, sarà dato all'eredità un amministratore. Lo stesso ha luogo nel caso in cui l'erede od il legatario non adempie l'obbligo della cauzione voluta dai due articoli precedenti (art. 857).

L'amministrazione sarà affidata al coerede od ai coeredi istituiti senza condizione, quando tra essi e l'erede condizionale possa aver luogo il diritto di accrescimento (art. 858). Se l'erede condizionale non ha coeredi o tra esso ed i coeredi stessi non può aver luogo il diritto di accrescimento, l'amministrazione sarà affidata al presunto erede legittimo del testatore, salvo che l'autorità giudiziaria per giusti motivi crede conveniente di provvedere altrimenti (art. 859). Le disposizioni dei tre precedenti articoli hanno luogo anche nel caso in cui fosse chiamato a succedere un non concepito, figlio immediato di una determinata persona vivente, secondo l'articolo 764. Ove sia chiamato un concepito, l'amministrazione spetta al padre e in mancanza alla madre (art. 860).

Agli amministratori mentovati nei precedenti articoli sono comuni i carichi e le facoltà dei curatori delle eredità giacenti (art. 861).

§ 3.

Degli effetti dei legati e del loro pagamento.

§ 507.° Dopo essersi trattato dei legati, è giusto discorrere dei loro effetti e del modo di soddisfarli.

Abbiamo già detto che il legato può essere universale o particolare; il primo si confonde con la dichiarazione di erede; il secondo è quello col quale il testatore dispone di una cosa particolare, o di una somma tuttochè d'importanza, la quale non attribuendo qualità ereditaria non impone il pagamento dei debiti: *Legatum est donatio quaedam ab haerede prestanda.*

§ 508.° Qualunque legato puro e semplice attribuisce dal giorno della morte del testatore il diritto al legatario trasmissibile ai suoi eredi di consegnare la cosa legata (art. 862). Dicesi puro e semplice il legato quando niuna condizione vi è apposta, ed in tal caso costituendo un diritto certo pel legatario gli permette di trasferirlo ai suoi eredi. Al contrario se il legato è fatto sotto condizione sospensiva, finchè questa si verifichi, l'erede continua ad essere proprietario della cosa; e quindi ne gode i frutti e può disporre del fondo legato o gravarlo d'ipoteche in via provvisoria e risolubile nel caso che la condizione si verifichi. Nondimeno il legatario particolare non potrà mettersi in possesso della cosa legata, ma deve domandarlo all'erede che rappresenta la universalità dei diritti del defunto (art. 863).

§ 509.° Gl'interessi e i frutti della cosa legata decorrono in genere in pro del legatario dal giorno della domanda giudiziale o dal giorno in cui la prestazione del legato fosse stata promessa (art. 864); e solo in via di eccezione decorrono a vantaggio del legatario dal giorno della morte del testatore: 1° quando il testatore lo abbia espressamente ordinato per la nota regola *dicat testator et erit lex*; 2° quan-

do il legato sia di un fondo o di un capitale o di altra cosa fruttifera; 3° quando si tratti di una penzione o di altra rendita vitalizia, poichè in tal caso è presa di mira la sussistenza (art. 865 e 866).

Del pari nel legato di una determinata quantità da soddisfarsi a termini periodici, come in ciascun anno, in ciascun mese od in altro tempo, il primo termine comincia dalla morte del testatore, ed il legatario acquista il diritto a tutta la quantità dovuta pel termine in corso, ancorchè fosse in vita soltanto al principio di esso. Il legato però non può esigersi se non dopo scaduto il termine. Si può tuttavia esigere al principio del termine il legato a titolo di alimenti (art. 867).

§ 510.° Circa le persone obbligate a soddisfare il legato, se fra più eredi non è stato alcuno indicato dal testatore, ciascuno è tenuto a soddisfarlo in proporzione della quota che gli spetta sull'eredità (art. 868). La regola è uniforme al diritto romano: *Legatorum petitio adversus haeredes pro partibus haereditariis competit, nec pro his qui solvendo non sunt, onerari cohaeredes oportet* (1). Ogni legatario ha l'azione personale contro gli eredi od altri debitori del legato per obbligarli alla prestazione di esso nella ragione della quota ereditaria loro dovuta, e l'azione di revindica dell' oggetto legato dalle mani di ogni possessore.

Secondo i Romani il legatario per conseguire il legato poteva sperimentare tre azioni: la *personale ex testamento*, la *ipotecaria* e la *revindicatoria*. La prima si poteva promuovere contro tutti gli eredi, ciascuno secondo la quota che gli spettava, e se alcuno non era solvibile gli altri non erano obbligati a pagare per lui (2); la seconda seguiva la stessa regola, essendo gli eredi obbligati ipotecariamente per quella parte di legati per la quale erano tenuti personalmente (3); la terza comechè fondata sul dominio passava direttamente dal defunto al legatario nel caso che il legato fosse stato di una cosa certa (4); quest'azione si poteva sperimentare contro qualsivoglia erede il quale avesse posseduta la cosa lasciata a titolo di legato (5); salvo il regresso contro i coeredi per quello che si era pagato al di là della quota dovuta (6). Da ultimo se la cosa legata consisteva in una cosa individua, come un'opera, una statua, e simili, un solo erede era tenuto a prestare l'intero legato (7).

Nel caso che l'obbligo del legato è stato imposto particolarmente a taluno degli eredi, questo solo è tenuto a soddisfarlo; ma se è stata legata una cosa propria di un coerede, i coeredi sono tenuti a compensarlo del valore di essa con danaro o con fondi ereditari, in pro-

(1) L. 35 Dig. de legat. et fideicomm.
(2) L. 32 ff. de legatus.
(3) L. 1 infin. Cod. comm. de legatis.
(4) L. 64 in fin. ff de furtis.
(5) L. 55 ff. de rei vindicat.
(6) L. 121 ff. de legat.
(7) L. 11 § 23 e 24 de legatis.

porzione della loro quota ereditaria, quando non costi di una contraria volontà del testatore (art. 869).

§ 511.° Nel legato di cosa indeterminata cadente sotto di un genere o di una specie, la scelta è dell'erede, il quale non è obbligato di dare l'ottimo, nè può offrirne d'infima qualità (art. 870). I giureconsulti intendono per *genere* quello che i filosofi ritengono per *specie*, e per specie quello che intendono per *individuo*. Sarebbe a dirsi di specie il legato, se si lasciasse il fondo Corneliano, e di genere se si lasciasse un cavallo. Se poi si tratti del genere *sommo* o *generalissimo*, come un *animale*, una *pianta*, senza alcuna soggiunta che ne limiti il significato il legato è nullo. Per *quantità* ritengono un genere definito dal numero. Il legato di genere è valido, e se infimo è il genere ed ha certi termini fissati dalla natura, come un cavallo, una vacca, un somiero, ec. ed il testatore non ha lasciato nell'eredità veruna specie di quel genere, l'erede ha l'obbligo di acquistarla per soddisfare il legatario. Se il genere non ha termini fissati dalla natura, ma dall'arbitrio dell'uomo, come una casa, un fondo, in tal caso se nell'eredità trovansi specie di tal genere, il legato è validamente fatto.

La specie del legato di cui all'art. 870 era chiamata dai Romani legato del *genere* (*legatum generis*). Se il testatore non aveva accordata la scelta ad alcuno, questa spettava al legatario: *Electio legatarii est nisi aliud testator dixerit* (1); il quale poi se non poteva scegliere la cosa migliore, non poteva essere costretto a ricevere la peggiore: *Legato generaliter relicto veluti hominis: Gaius Cassius scribit, id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur* (2).

§ 512.° La stessa regola di sopra enunciata si osserva nel caso che la scelta è lasciata all'arbitrio di un terzo; ma se questi ricusa la scelta o non possa farla per morte o per altro impedimento essa vien fatta dall'autorità giudiziaria con la regola stessa (art. 872).

Se la scelta della cosa è lasciata al legatario, questi può scegliere l'ottima fra quelle che si trovassero nell'eredità: non essendovene, la regola stabilita per la scelta da farsi dall'erede si applica a quella da farsi dal legatario (art. 873).

Nel legato alternativo la scelta si presume lasciata all'erede (art. 874).

Se l'erede od il legatario cui compete la scelta, non ha potuto farla, questo diritto si trasmette al suo erede. La scelta fatta è irretrattabile. Se delle cose appartenenti al genere od alla specie legata una sola ve ne è nel patrimonio del testatore, l'erede od il legatario non può pretenderne altra fuori del patrimonio, eccettuato il caso di espressa contraria disposizione (art. 875).

§ 513.° La cosa legata sarà consegnata cogli accessori necessari, e nello stato in cui si trova nel giorno della morte del testatore (art.

(1) Inst. § 22, de legatis.
(2) L. 37, ff. eod. tit.

876). Siccome gli accessori seguono la condizione del principale, *accessorium seguitur principale*, il legato dev'essere rilasciato con tutte le cose che sono indispensabili al suo uso ordinario, come la scuderia dell'appartamento, la cucina della casa, l'aia del fondo, la cornice di un quadro. Al contrario un credito dovuto dal conduttore del fondo legato, non sarebbe accessorio di questo col quale non ha veruna relazione.

La cosa legata dovendo rilasciarsi nello stato in cui si trova al momento della morte, segue che l'erede o debitore del legato deve rilasciare anche gli aumenti dai quali sia stata accresciuta la cosa; non è tenuto ai deterioramenti che senza sua colpa abbia potuto soffrire la cosa stessa, ed è nell'obbligo d'indennizzare il legatario dei deprezziamenti da esso cagionati.

In ultimo la cosa deve rilasciarsi nel luogo dove si trova, allorchè si tratti di una quantità determinata, e se si tratti di un genere presso il domicilio dell'erede tenuto a prestarlo.

§ 514.° Le spese necessarie per la prestazione del legato sono a carico dell'eredità, senza che possano diminuire la porzione riservata dalla legge (art. 877). Colui che accetta la eredità contrae tacitamente l'obbligo di rilasciare i legati, e quindi le spese cedono a di lui carico come debitore di quelli. Se però vi sono eredi che hanno diritto alla legittima, tali spese non possono gravare questa che deve essere trasferita ai successibili immune da ogni peso; ma devono prelervarsi dalla quota disponibile.

Il pagamento della tassa di successione è a carico degli eredi; salvo il regresso verso i legatari se la cosa legata vi sia soggetta (art. 877). Se gli eredi profittano dell' eredità è giusto che paghino la tassa di successione; salvo il regresso per la quota corrispondente contro i legatari ove la cosa legata vi sia soggetta, cioè si tratti di cose non eccettuate dalla tassa. Nel caso che la tassa non sia dovuta dal legatario, costui non è tenuto alla parte di sopratassa messa a carico dell'erede sia per tardiva, sia per infedele dichiarazione dell' ammontare delle cose ereditarie.

Del resto nulla impedisce che il testatore imponga il peso delle spese di prestazione al legatario, e la tassa di successione agli eredi ovvero a taluni di essi nel caso che avrebbero regresso contro i legatari e viceversa.

§ 515.° Se la cosa legata è gravata di un canone, di una rendita fondiaria, di una servitù o di altro carico inerente al fondo, il peso ne è sopportato dal legatario, poichè *res transit cum onere suo* (art. 878). Ma se la cosa è vincolata per una rendita semplice, un censo od altro debito dell'eredità od anche di un terzo, l'erede è tenuto al pagamento delle annualità o degli interessi, e della somma principale secondo la natura del debito, quando il testatore non abbia diversamente disposto (art. 878). La rendita è un diritto che si ha a talune prestazioni annue costituite su gl'immobili o capitali che ad altri si cedono. Essa è mo-

biliare perchè ha per obbietto di riscuotere danari o generi. È temporanea e perpetua; la prima è quella che il debitore costituisce finchè non abbia restituito il capitale, e se dipende dalla sola sua volontà di restituirlo dicesi *quantocunque*, od anche censo o rendita costituita. Questa rendita era considerata come immobile fino al 1809 in queste provincie meridionali e fino al 1819 nelle provincie siciliane. Fu la enunciata rendita detta bollare poichè ha origine da una bolla di papa Nicolò V. Oggi ogni rendita è redimibile, com'è redimibile anche il canone, giusta la legge del 24 gennaio 1864 ed il codice civile vigente, poichè il bene dell'agricoltura reclamava che fossero tolti gli ostacoli alla libera circolazione della proprietà, ed è agevole il comprendere gli altri vantaggi che derivono dall' affranco dei pesi dalle private proprietà.

Malgrado che i capitoli *quantocunque* fossero oggi considerati come mobili, pure rappresentando essi la vendita di una parte della rendita di un fondo, per la quale fu imposta la ritenuta del decimo in danno del creditore, la giureprudenza ha giudicato che su detti capitali netti non vi possa essere ulteriore ritenuta per la tassa di ricchezza mobile.

§ 4.

Del diritto di accrescimento fra' coeredi ed i collegatari.

§ 516.° Il diritto di accrescimento appartiene ad ogni coerede ed è inteso a conseguire quella porzione di eredità che spettava agli altri, i quali non possono o non vogliono accettarla.

§ 517.° Il diritto di accrescere può verificarsi tanto nelle successioni legittime quanto nelle testamentarie. Nel primo caso esso deriva dalla legge, la quale interpretando la volontà del defunto suppone che ove un erede non possa o non voglia accettare la eredità, il defunto voglia attribuire la sua porzione a quegli stessi coeredi che adiscono realmente la sua eredità. Nel secondo caso il diritto di accrescere ha per base la presunta volontà del testatore desunta dal modo di chiamata degli eredi, ed è antico quanto il testamento.

§ 518.° Secondo i Romani non si dava luogo alla successione intestata se non quando mancava la testamentaria, e quando questa aveva luogo mancava del tutto la successione intestata. In conseguenza di questo principio se più individui erano chiamati alla eredità, e di essi alcuni non potevano essere eredi, la porzione dei mancanti si accresceva agli altri. Questo principio ebbe il suo fondamento nella legge delle XII tavole: *Ast si intestatus moriatur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto:* questa regola fu per analogia estesa ai legati. Or quando il defunto aveva preferiti i legatari ai suoi eredi legittimi, si presumeva che ciascuno di essi era per l'intero preferito

agli eredi legittimi, e che se, concorrendo tutti, ciascuno non avea l'intero, questo procedeva da una impossibilità fisica: *Coniunctim heredes institui, aut coniunctim legari, hoc est, totam hereditatem, et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri* (1).

Il diritto di accrescere aveva luogo in due casi: 1° quando i coeredi o collegatari erano congiunti nella stessa cosa: 2° quando erano congiunti nella stessa cosa con le stesse frasi; ma non aveva luogo se la congiunzione era fatta *verbis tantum*.

Il primo caso si verificava quando legavasi la medesima cosa con due diverse disposizioni: *Titio fundum Tusculanum do, lego*; *Maevio fundum Tusculanum do, lego*. La congiunzione in questo caso procedeva dall'essersi legata la medesima cosa, e forse per questa ragione che la congiunzione non stava che nella sola cosa, gli stessi giureconsulti romani dicevano che in questo caso il legato era *disiunctim*: *Sed et, si expresserit, eundem hominem Stichum, atque disiunctim legatum intelligitur* (2). Or se questa specie di congiunzione avea luogo in un legato *per vindicationem* avveravasi il diritto di accrescere. In simili casi ciascuno dei legatari avea diritto di revindicare il fondo; e se ricevevano entrambi l'oggetto legato il diritto dell'uno era bilanciato da quello dell'altro, e l'oggetto rimaneva in comune. Se poi uno di essi mancava, tutto passava nell'altro che non riceveva più alcuna limitazione dal diritto del collegatario. Il diritto di accrescere in questo caso procedeva dalla natura stessa delle cose, dappoichè se la coesistenza dei due legatari vietava che ciascuno avesse l'intero, quando questo ostacolo veniva meno, l'altro prendeva l'intero; perciò dicevasi che tale caso non dava luogo al *ius non decrescendi*.

Se poi l'anzidetta congiunzione apponevasi in un legato *per damnationem*, anche avea luogo il diritto di accrescere, ma in questa forma, che uno dei legatari avea il fondo e l'altro il prezzo: *Est et... si eadem res duobus pluribusve per damnationem legatis sit, si quidem coniunctim, plane singulis partes debentur, si vero disiunctim, singulis solida res debebitur, ut scilicet heres alteri rem, alteri aestimationem eius praestare debeat* (3).

Il secondo caso si verificava nella congiunzione *re et verbis*. Essa avea luogo quando si legava la stessa cosa a due persone con una sola disposizione: *Titii et Sejo hominem stichum do, lego*. Se questa forma usavasi in un legato fatto *per vindicationem* avea luogo il diritto di accrescere: *Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive coniunctim, sive seiunctim, si omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere, et deficientis portionem collegatario adcrescere* (4).

Se poi la formola innanzi indicata usavasi in un legato *per dam-*

(1) L. 8, ff. de legatis.
(2) Inst. § 8, eod. tit.
(3) Gaio, II. 205.
(4) Gaio, II. 199.

nationem non davasi luogo a diritto di accrescere, e perciò la parte del mancante passava all'erede: *Si tam per damnationem usufructus legetur jus adcrescendi cessat: non immerito, quoniam damnatio partes facit* (1).

Nel terzo caso si ha la congiunzione *verbis tantum*. Essa aveva luogo quando si legava la stessa cosa a più persone indicando la quota di ciascuno: *Titio et Sejo fundum aequis partibus do, lego*. In questo caso, mancando ogni congiunzione non davasi luogo a dritto di accrescere: *quoniam semper partes habent legatarii* (2).

Il codice francese e le leggi napolitane del 1819 accolsero i principii del diritto romano, non senza alcune modifiche, cioè ritenendo la congiunzione *re et verbis*, e modificando la regola della congiunzione *re tantum*, con richiedere che per darsi luogo al diritto di accrescere occorreva che la cosa fosse indivisibile, e le due disposizioni separate fossero nello stesso atto: accolsero poi la teorica del diritto romano nella congiunzione *verbis tantum* che non dà luogo al diritto di accrescere.

§ 519.° Il nuovo codice, conformemente alle leggi romane, riconosce il diritto di accrescere mercè le seguenti condizioni:

In primo luogo è necessario che per la mancanza di un coerede sia rimasta vacante la sua porzione; il che si verifica quando esso o rinunzia all'eredità o è incapace o premuore al testatore o cessa di vivere prima che si verifichi la condizione imposta alla istituzione, o la condizione viene a mancare (art. 879 e 884).

In secondo luogo occorre che la porzione rimasta vacante per mancanza del coerede non sia devoluta in sua vece o al suo sostituito o ai suoi discendenti per diritto di rappresentazione giusta l'art. 890; altrimenti la quota che sarebbe spettata a lui, si devolverà nel primo caso al sostituito e nel secondo ai suoi discendenti. Se il testatore avesse scritto: Istituisco miei eredi A, B e C; e se quest'ultimo non possa o voglia accettare, gli sostituisco D, è chiaro che la porzione di C che ha rinunciato non si accresce ad A, B, ma si devolve al sostituito D. E se costui rifiutasse anche di accettare dovrebbero succedere nella quota dell'istituito gli eredi legittimi del testatore, poichè una volta espressa la di costui volontà di escludere il diritto di accrescere, non può aver luogo a benefizio degli altri eredi chiamati dal testatore.

In terzo luogo nelle successioni testamentarie si richiede che i coeredi sieno stati chiamati in uno stesso testamento *congiuntamente*, cioè senza che il testatore abbia fatto tra essi distribuzioni di parti, come se il testatore abbia dichiarato: *Istituisco eredi Tizio e Mevio*.

In quarto luogo occorre che il testatore non abbia fatto distribuzione di parti, poichè se ha dichiarato di istituire: *Tizio per una*

(1) Fragmenta Vaticana, § 85.
(2) L. 89, ff. de legatis.

metà dei suoi beni, e Mevio per l'altra metà, non si darà luogo al diritto di accrescere. Nondimeno le semplici espressioni *per eguali parti, o in eguali porzioni* non esclude il diritto di accrescere (art. 881), poichè anche senza di esse la eredità si sarebbe divisa in parti eguali, e quelle generiche espressioni non escludono, come nel caso che vi è assegno preciso di quote, la presunzione della legge che se il testatore avesse preveduto la mancanza di uno dei coeredi, avrebbe egli stesso accresciuta la porzione agli altri da lui considerati.

Dal principio che l'accrescimento si fa da porzione a porzione, e non già da persona a persona, segue che non abbia luogo nel legato di alimenti, poichè questi sono per loro natura limitati ai bisogni della persona che deve riceverli (1). Ma se fosse indicato il fondo o la cosa dalla quale si debbono detrarre, non dubitiamo che il diritto di accrescere può verificarsi nella concorrenza degli altri estremi di legge.

§ 520.° Nelle successioni legittime la porzione vacante si accresce a favore di quelli che l'avrebbero ottenuta, come se il coerede che viene a mancare non fosse esistito fin dal momento in cui si apre la successione; quindi, nel caso di tre successori figli della persona della cui successione si tratta, e uno di essi rinunzia alla sua quota, o ne sia indegno, la porzione di lui si accresce agli altri due germani.

§ 521.° Il diritto di accrescimento ha luogo del pari tra collegatari ed è regolato dalle stesse regole. Epperò si fa luogo a tale diritto quando alcuno dei legatari sia premorto al testatore o rinunzi al legato, o ne sia incapace, o venga a mancare la condizione sotto la quale era chiamato (art. 884). Senonchè ai collegatari è conceduto il diritto di accrescimento anche nel caso in cui una stessa cosa sia stata legata ad essi nello stesso testamento con frase separata (det. art. 884) come si fosse scritto: *Lego il fondo Corneliano a Tizio, lego il fondo Corneliano a Mevio.* Se questi legati si fossero fatti con due testamenti a Mevio spetterebbe il fondo Corneliano e non a Tizio, poichè in tal caso il testamento posteriore rivoca l'anteriore. Ma istituiti nello stesso atto non si presume che il testatore vuole e disvuole nel tempo stesso, e mentre nel principio dell'atto lega il fondo a Tizio, più innanzi ne disponga in pro di Mevio.

Il modo di congiunzione enunciato era detto dai romani *re tantum*, poichè i collegatari erano uniti solo nella stessa cosa loro legata; mentre se erano uniti con la stessa frase e nella stessa cosa dicevansi uniti *re et verbis*, come se il testatore avesse scritto: Lego a Tizio ed a Mevio il fondo Tusculano. I legatari congiunti *verbis tantum* sono allorchè il testatore ha determinato le parti di ciascuno, come se avesse detto: *Lego a Pietro ed a Paolo ed a ciascuno la metà dei miei beni*: in questo caso l'accrescimento non ha luogo.

§ 522.° Talvolta non è agevole riconoscere se l'assegno delle parti trovisi nella esecuzione ovvero nella disposizione, cioè a dire se i le-

(1) L. 67 Dig. de usufr.

gatari sono congiunti *re et verbis* o *verbis tantum*. Se il testatore scrive nel testamento: *Lego la mia casa a Pietro: a Paolo ed a Giovanni per eguali porzioni*, i legatari s'intendono congiunti *re et verbis;* avvegnachè la semplice dichiarazione dell'uguaglianza dei dritti cade nella divisione, non già nella istituzione, e si considera che il testatore abbia solo voluto provvedere a quanto avverrà dopo la di lui morte. Ma dovrebbe dirsi il contrario se alle parole *per uguali porzioni*, avesse sostituito queste altre, *ed a ciascuno* per un terzo, giacchè in tal caso la divisione si contiene nella istituzione, e vi sarebbero tanti legati quante sono le parti assegnate.

Se la stessa cosa è stata legata a più persone in modo alternativo, non vi ha diritto di accrescere tra di loro, come se il testatore avesse scritto: *Lego a Pietro, ovvero a Paolo l'oriuolo che si troverà nella mia stanza da letto*, perciocchè in tal caso i due legatari hanno diritto solidale alla cosa legata, e l'erede può liberarsene consegnandola all'uno od all'altro.

§ 523.° Il diritto di accrescere può estendersi per uguaglianza di ragioni anche alle donazioni, come se alcuno abbia donato a due coniugi la stessa cosa. Se uno dei due non può o non vuole accettare, la sua quota si accresce all'altro. Nei contratti trovano invece applicazione le regole della solidità od indivisibilità; quindi un vitalizio di lire cento al mese stipulato a favore del marito e della moglie senza assegno di parti, dev'essere prestato per intero, malgrado la morte di uno dei coniugi; salvo l'espresso patto in contrario.

Le leggi romane facevano distinzione tra proprietà ed usufrutto legato, e stabilivano che se dopo acquistata la proprietà dai legatari taluno perdeva la sua parte, non si acquistava dal collegatario, ma passava all'erede. La parte dell'usufruttuario mancata anche dopo l'acquisto si accresceva al collegatario, per la speciosa ragione, *quia usufructus quotidie constituitur*, cioè si percepisce ogni giorno: questa regola valeva per le sole disposizioni testamentarie, e non per quelle tra vivi dove non aveva luogo questo diritto di accrescere.

Secondo il nuovo diritto se a più persone è lasciato un usufrutto in modo che secondo le regole comuni vi sia fra loro il diritto di accrescimento, la porzione del mancante si accresce sempre ai superstiti, anche quando egli manca dopo l'accettazione del legato; mentre al contrario nel legato di proprietà, se il proprietario manca dopo averlo accettato, la sua porzione non si accresce ai suoi collegatarii, ma si trasmette ai suoi eredi. Se non vi è diritto di accrescimento, la porzione del mancante si consolida con la proprietà (art. 885). Egli è indifferente se il legatario manchi prima o dopo l'accettazione, e l'indagare la persona alla quale appartenga la cosa legata, cioè sia erede scritto, sia testamentario, sia un privato o un corpo morale.

§ 524.° Il diritto di accrescimento profitta ai coeredi in proporzione delle loro rispettive quote; quindi in proporzioni ora uguali ed ora ineguali nelle successioni legittime; ma sempre in proporzioni uguali

nelle testamentarie, poichè se in queste vi è assegno di quote, vien meno il diritto di accrescere.

§ 525.° I coeredi ai quali in forza del diritto di accrescere è devoluta la porzione dell' erede mancante, sottentrano negli obblighi e nei carichi ai quali questi sarebbe stato tenuto; quindi debbono pagare i debiti e i pesi che gravano su tale porzione o che furono imposti personalmente all'erede mancante; prestare i legati che si sarebbero dovuti da questo soddisfare, ed adempiere ad ogni altro peso (art. 882). Questa disposizione si estende anche al collegatario a cui favore si verifica il diritto di accrescimento, ed all'erede o al legatario a cui favore si rende caduco il legato (art. 887).

§ 526.° Ogni qualvolta non ha luogo il diritto di accrescimento perchè i coeredi o collegatari non sono chiamati all' eredità o al legato nei modi prescritti dalla legge, la porzione dell'erede mancante o del collegatario è devoluta agli eredi legittimi del testatore, presumendosi la tacita volontà di costui di volere trasferire agli eredi del sangue tutto quello che non è chiaramente disposto in pro degli estranei. Se il testatore avendo dei nipoti *ex fratre* istituisce erede A per un quarto e B per tre quarti, e quest'ultimo venga a mancare o rinunci alla eredità, i tre quarti dei beni lasciati a B sono devoluti ai nipoti del testatore con tutti i carichi e gli obblighi imposti all' erede scritto che manca (art. 883).

§ 5.

Della rivocazione e della inefficacia delle disposizioni testamentarie.

§ 527.° Dopo essersi discorso della istituzione di erede, e dei legati, non che delle regole ad essi relative, è d'uopo trattare della loro rivocazione ed inefficacia.

La rivocazione delle disposizioni testamentarie a titolo universale o particolare è pronunciata dalla legge su la presunta volontà del testatore, il quale non avrebbe trasferita la sua sostanza se avesse prevedute talune circostanze: la legge più saggia di lui lo soccorre statuendo siffatta rivocazione. Questa va inoltre desunta da taluni fatti che fanno presumere nel testatore la sua volontà di mutare quella già dichiarata col testamento.

§ 528.° In primo luogo le disposizioni a titolo universale o particolare fatte da chi al tempo del testamento non aveva od ignorava di avere figli o discendenti, sono rivocate di dritto per l'esistenza o la sopravvegnenza di un figlio o discendente legittimo del testatore, benchè postumo o legittimato o adottivo. Lo stesso ha luogo ancorchè il figlio fosse concepito al tempo del testamento, e trattandosi di figlio naturale legittimato, ancorchè fosse già stato riconosciuto dal testatore

prima del testamento e soltanto legittimato dopo (art. 898). La rivocazione delle disposizioni testamentarie per sopravvegnenza di figli supplisce opportunamente ad una laguna avvertita già nel codice francese, che inconsultamente restringeva alle sole donazioni tra vivi la rivocazione per sopravvegnenza di figli. Colmando codesta laguna si è meglio e più fedelmente interpretato il vero e legittimo sentimento del cuore umano, l'amor della prole (1).

Al contrario la rivocazione non può aver luogo, quando il testatore abbia preveduto il caso che esistessero figli o discendenti da essi, poichè in tal caso non solo resta esclusa la presunzione della sua volontà di rivocare la disposizione, ma ne risulta una volontà contraria (det. art. 888). Se poi il testatore avesse previsto il solo caso in genere della esistenza e sopravvenienza dei figli e dei discendenti da essi, senza nulla disporre a loro favore, la rivocazione ha luogo, poichè la tacita esclusione dei figli deve attribuirsi a certezza momentanea di non averli, anzichè ad indifferenza verso di essi, e volontà di trasferire i beni a persone estranee.

Del pari se i figli o discendenti sopravvenuti premuoiono al testatore, la disposizione non si ha per rivocata, ma avrà il suo pieno effetto (art. 899); avvegnachè da una parte manca il fondamento della presunzione di rivocarla, e dall'altra essendo morto il testatore col testamento fatto prima della sopravvenienza dei figli e discendenti, mostra chiaramente che ha perseverato dopo la morte di essi nel desiderio di lasciare la sua sostanza agli eredi nominati prima della nascita dei figli.

§ 529° In secondo luogo la disposizione a titolo universale deve aversi per rivocata, quando la causa finale per cui fu fatta venga a mancare, come se il testatore dicesse: *Istituisco erede Tizia della metà dei miei beni se sposerà mio nipote*. Egli è indifferente che il matrimonio non avvenga pel colpa di Tizia o del nipote del testatore, poichè nell'un caso e nell' altro manca la causa finale della istituzione.

§ 530.° In terzo luogo si rivoca la disposizione testamentaria per qualunque alienazione faccia il testatore di tutta o di parte della cosa legata, anche mediante vendita con patto di riscatto, ancorchè l'alienazione sia nulla o la cosa ritorni in possesso del testatore (art. 892). La rivocazione in tutti i casi enunciati si fonda su la presunta volontà del testatore di aver rivocato il legato. La voce alienazione è accettata in senso stretto, e comprende i soli atti che trasferiscono in altri il dominio della cosa, come la vendita, la permuta, la donazione e la costituzione in dote ad altri della cosa legata. Egli è indifferente che la vendita sia fatta puramente e semplicemente o sotto condizione risolutiva, poichè anche in quest' ultimo caso è chiara la volontà del testatore di rivocare il legato. Ma se l'alienazione è fatta sotto condizione sospensiva, non produce la rivocazione del legato,

(1) Vacca, discorso inaugurale alla Cass. di Napoli, 7 gennaio 1867.

essendo incerta la volontà di alienare da parte del testatore. Egli è pure indifferente che l'alienazione sia stata fatta ad un terzo o allo stesso legatario, poichè nell'un caso e nell'altro è assicurata la volontà di rivocare il legato.

L'alienazione dev'essere volontaria, e non sarebbe tale quella fatta per causa di pubblica utilità, o l'altra fatta ad istanza dei creditori, purchè la cosa si trovi in tutto od in parte nel patrimonio del testatore: senonchè in detti casi il legato ha effetto solo per la parte rimasta; eccetto il caso di contraria volontà del testatore (articolo 841).

§ 531.° In quarto luogo si rivoca il legato se il testatore abbia trasformato la cosa legata in un'altra, in guisa che quella abbia perduta la precedente forma e la primitiva denominazione (art. 892), come se il testatore ha formato il panno dalla lana legata, o i mobili dal legname legato.

§ 532.° In quinto luogo il legato non ha effetto se la cosa legata è interamente perita durante la vita del testatore, o se è perita dopo la morte di lui senza fatto o colpa dell'erede, benchè questi sia stato costituito in mora a consegnarla, allorquando sarebbe egualmente perita presso il legatario (art. 893). Nondimeno la regola espressa in questa disposizione è applicabile ai soli legati delle cose certe e determinate, poichè circa i legati di universalità o di cose indeterminate, queste sono sempre dovute dall'erede al legatario per la massima *genus rerum numquam perit*. Se poi la cosa determinata perisse in parte, è dovuta la rimanente. Se è perita la cosa principale gli accessori, se vi fossero, non sarebbero dovuti. Al contrario se si perde l'accessorio è dovuto il principale, potendo questo stare senza di quello, e non viceversa. Del resto questa regola vale ove la perdita della cosa è avvenuta prima della morte del testatore; ma dopo di questa il legatario ha acquistato diritto alla cosa legata, e gli sono dovuti gli accessori anche senza la cosa principale per l'altra regola di giustizia: *Quod ex re mea superest, meum est*. Se crolla l'edificio legato, spetta al legatario il suolo coi materiali; se muore il cavallo bardato, è dovuta al legatario la bardatura.

Quando più cose sieno alternativamente legate, sussiste il legato, ancorchè ne rimanga una sola (art. 894).

Secondo i Romani eravi la stessa regola, e se la cosa era in parte perita si rivocava in parte il legato: *Et si diminutum ex eo grege pecus esset vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desinit esse quemadmodum insula legata, si combusta esset, area possit vindicari* (1). Si diceva poi perita la cosa non solo quando erasi distrutta, ma anche quando mutava di specie; ma in questo caso era dovuto il legato, eccetto se non avesse il testatore espressa una volontà contraria: *Lana legata, vestem, quae ex ea facta sit, deberi non placet. Sed et materia legata, navis armariumve ex ea factum non vindicetur* (2). *Ut*

(1) L. 22 ff. de legatis.
(2) L. 88 princ. et § 1 ff. de legatis.

si ea domo destructa, aliam eadem loco testator aedificaverit, dicemus interire legatum: nisi aliud testatorem sensisse fuerit ad probatum (1).

In tutti i casi se la nuova specie poteva riprendere la sua antica forma il legato dovevasi eseguire (2).

Il principio che predominava in questa materia si era che innanzi tutto bisognava consultare la volontà del testatore, e solo quando da questa nulla poteasi presumere, dovevasi far ricorso alle regole innanzi esaminate.

§ 533.° Quanto alla inefficacia delle disposizioni testamentarie a titolo universale, essa può derivare da parecchie cause: 1° dalla incapacità del disponente e dai vizi che rendono invalida la sua volontà; 2° dal difetto di forma del testamento; 3° dalla condizione sospensiva a cui è subordinata, la quale viene a mancare; 4° dalla rinunzia fatta dall'erede chiamato dal testatore (art. 891).

Del pari è senza effetto la disposizione testamentaria se quegli in favore del quale è stata fatta non è sopravvissuto al testatore (art. 890); e ciò perchè se la volontà di esercitare una liberalità testamentaria è diretta verso una determinata persona, se questa non possa profittarne perchè muore prima di averla accettata, viene a mancare nel testatore la volontà di fare quella tale largizione.

Nondimeno, malgrado la morte dell'erede o la sua incapacità di ricevere per testamento, la disposizione produce i suoi effetti a favore dei discendenti dell'erede o del legatario premorto od incapace, i quali sottentrano nell'eredità o nel legato, nei casi in cui sarebbe ammessa a loro favore la rappresentazione, se si trattasse di successione intestata (art. 890), essendo ragionevole di presumere che l'ascendente il quale dispone a favore dei figli o il fratello che dispone a favore dei fratelli, non voglia escludere i loro discendenti, ove alcuno di detti figli o fratelli venga a morire prima di lui o sia incapace di raccogliere la eredità o il legato.

Questo diritto di rappresentazione cessa, quando il testatore abbia espresso una volontà contraria, o quando tale volontà risulta dalla natura della disposizione stessa, come se si fosse disposto di un usufrutto, di una rendita vitalizia, un diritto di abitazione, od altro diritto limitato alla persona dell'erede (art. 890).

Il diritto di rappresentazione nella successione testamentaria a favore dei discendenti dell'erede istituito allorquando sarebbero chiamati alla eredità, se questa si devolvesse *ab intestato*, è una delle gloriose riforme introdotte primamente nella nostra legislazione. Il chiarissimo Pisanelli nella sua dotta relazione (III, 23) ne rende ragione con le seguenti considerazioni: L'ascendente che dispone a favore dei figli di primo grado, non vuol certamente escludere i loro discendenti, ove alcuno o più dei medesimi vengano a morire prima di lui. È opinione

(1) L 65, § 2 ff. de legatis.
(2) L. 98, § 4 ff. eod. tit.

generale nella massa dei cittadini che i figli debbano sempre prendere il posto dei loro genitori. La dottrina fondata sulla presunzione legale della volontà del testatore respinge la rappresentazione nella successione testamentaria, ma il sentimento popolare fondato sui principii dell'equità naturale non sa adattarvisi. Però ne viene che l'ascendente non pensa a sostituire ai figli di primo grado i rispettivi loro discendenti, i quali forse non esisteranno ancora al tempo del fatto testamento. Se alcuno dei figli di primo grado muore prima di lui o diviene incapace, egli non crede necessario di fare un nuovo testamento nell'interesse dei discendenti di quel figlio. Talvolta può altresì mancare il tempo per la nuova disposizione. Quali ne sono le conseguenze giuridiche. I discendenti del figlio premorto sono ridotti alla sola porzione legittima. Supponendo anche che il testatore avesse fatta distribuzione di parte onde sia impedito il diritto di accrescimento, ne verrà pur sempre che la quota assegnata a quel figlio sarà devoluta *ab intestato;* in essa prenderanno parte co' suoi discendenti i fratelli superstiti con gran danno de' medesimi. Era questa l'intenzione del testatore? Tali casi si verificarono spesso in pratica. I magistrati hanno dovuto piegare la fronte davanti la legge, pur riconoscendo le ingiuste sue conseguenze. Nel diritto romano era impossibile il notato inconveniente. Il testatore doveva istituire o diseredare i figli eredi suoi. Se il discendente di secondo grado che non era erede suo al tempo del fatto testamento, diveniva tale per la premorienza del genitore al tempo in cui si deferiva l'eredità, le tavole testamentarie cadevano (*rumpitur testamentum*) per la agnazione del *quasi* postumo. La successione si devolveva *ab intestato*, cosicchè quell'eguaglianza che era nell'intenzione del testatore mantenevasi dalla legge indirettamente, coll'annullamento delle disposizioni testamentarie. I vigenti codici, escluso l'austriaco, accolsero pienamente il sistema legale romano col non ammettere la rappresentazione nelle successioni testamentarie, ma forse non fu posto mente al rimedio che il diritto romano vi apportava coll' obbligo dell' istituzione o diseredazione dei discendenti, che fossero eredi suoi al tempo del testamento, o fossero tali al tempo della morte del testatore.

SEZIONE VI.

DELLE SOSTITUZIONI.

§ 534.° La sostituzione è quella disposizione mercè la quale una persona è invitata a raccogliere l' eredità in mancanza di quella chiamata in primo luogo dal testatore. Essa è una conseguenza della stessa facoltà di disporre, e serve a rendere più certa la persona dell'erede.

§ 535.° Presso i Romani l'uso delle sostituzioni era frequentissimo, poichè generalmente si reputava indecoroso il morire senz'alcuno che

la propria eredità raccogliessè. Ad evitare questa creduta nota d'infamia si permise al testatore di chiamare alla sua eredità più eredi in ordine successivo, e la storia ci apprende che taluni giunsero fino alla quarta sostituzione.

La sostituzione si distingueva in volgare, pupillare, quasi pupillare o esemplare e in fedecommissaria. Alla sostituzione volgare e fedecommissaria del diritto romano si adatta in generale la definizione del nostro codice. La sostituzione pupillare è una sostituzione che il *paterfamilias fa alla persona costituita sotto la sua patria potestà*, e che in conseguenza della di lui morte non è per ricadere in potestà di altri, prevedendo il caso che detta persona sia per morire impubere, e così nell'incapacità di fare testamento. La sostituzione quasi-pupillare (così detta perchè analoga alla pupillare, chiamata anche esemplare e giustinianea perchè introdotta ad esempio di quella da Giustiniano), era una istituzione di erede fatta dal padre o dalla madre, o da un ascendente paterno o materno nelle sostanze del figlio o discendente, furioso o mentecatto, pel caso che egli morisse in questo stato di alienazione mentale. La sostituzione pupillare, non parve degna di pigliar posto nel codice italiano, perchè considerata siccome diretta emanazione del diritto di patria potestà secondo il tipo romano, in cui la volontà paterna sostituivasi a quella del figliuolo impubere nell'atto del testare, non si mostrava codesta istituzione conforme ai principii del diritto moderno. D'altra parte gli angusti limiti posti dal progetto del Senato all'ordinamento di cotale istituzione la rendevano manchevole e mal rispondente allo scopo cui mirava: le quali considerazioni giustificano abbastanza la eliminazione della sostituzione pupillare dal codice civile (1).

Le sostituzioni possono distinguersi in *volgari* o *dirette*, e in *fedecommissarie*; e sebbene la legge non riconosce più queste ultime, pure noi dobbiamo occuparcene particolarmente sia per necessaria istruzione dei tironi, sia per ben determinare i caratteri delle sostituzioni vietate da quelle permesse dalla legge; il che faremo in due paragrafi separati.

§ 1.

Della sostituzione volgare.

§ 536.° La sostituzione volgare si ha quando all' erede istituito vien sostituita un' altra persona, nel caso che il primo chiamato non possa o non voglia adire l' eredità, o il legatario non possa o non voglia accettare il legato.

(1) Relazione del senatore Vacca.

§ 537.° Egli è in facoltà del testatore di sostituire quante persone vuole, sia in secondo, terzo, quarto od ulteriore grado, pel caso che il primo chiamato non possa o non voglia adire la eredità; quindi il testatore può dire nel suo testamento nel seguente modo: *Istituisco Tizio erede dei miei beni, e nel caso che non sarà mio erede gli so stituisco Caio, ed ove anche costui non voglia o non possa accettare la mia eredità, gli sostituisco Mevio*, ec. Il testatore ha inoltre la facoltà di sostituire più eredi ad un solo e viceversa (art. 898). La stessa regola rilevasi nel diritto romano: *Et plures in unius locum possunt substitui, vel in plurium, vel singulis singuli, vel invicem ipsi qui haeredes instituti sunt* (1). *Istituisco erede dei miei beni* A *ed ove non possa o non voglia gli sostituisco* B,C,D, ovvero: *Nomino miei eredi* B,C,D, *ed ove non possano o vogliano accettare la eredità gli sostituisco* X. Può inoltre sostituire l'uno agli altri, nel quale caso la sostituzione chiamasi *reciproca*, come ad esempio: *Nomino* B,C,D, *eredi dei miei beni, e se uno tra essi non voglia o non possa gli sostituisco gli altri.*

§ 538.° Se nella sostituzione è soltanto espresso uno dei due casi che il primo chiamato non possa o non voglia conseguire la eredità o il legato, l'altro caso s'intende tacitamente incluso, purchè non costi della volontà contraria del testatore (art. 896). I casi nei quali non può conseguirsi la eredità o il legato sono due, o per volontà del primo chiamato, quando vi rinuncia, o per impotenza se muore prima di accettare l'eredità o il legato: nell'uno e nell'altro caso la sostituzione viene a riparare la caducità del legato. E se nella sostituzione è espresso il solo caso che il primo chiamato non possa conseguire l'eredità o il legato, l'altro caso si dee intendere tacitamente incluso; eccetto quando il testaiore abbia diversamente disposto, cioè che il sostituito è ammesso solo pel caso che l'erede non voglia adire l'eredità o non accetti il legato.

§ 539.° Ammessa la sostituzione reciproca, se tra più coeredi o legatari a parti disuguali sia ordinata una sostituzione vicendevole, la proporzione fissata nelle quote s'intende ripetuta nella sostituzione. Se poi nella sostituzione insieme coi primi nominati è chiamata un'altra persona qualunque, la parte vacante appartiene a tutti i sostituiti egualmente (art. 898). È canone imprescindibile che ogni sostituito deve avere la quota stessa dell'istituito. Nondimeno due casi possono avvenire nel senso dell'articolo: o il testatore abbia ordinata una istituzione in parti disuguali con sostituzione volgare reciproca, cioè se muore prima il sostituito riceve l'eredità l'istituito, se prima costui la raccoglie il sostituito; o abbia nel momento stesso della istituzione ordinata una sostituzione senza specificare le quote. Nel primo caso l'investitura dei sostituiti si opera mercè la legge, con attribuirsi ai sostituiti la quota agl'istituiti spettante, che ognuno rappresenta. Nel secondo caso, mancando uno degl' istituiti, la sua quota vien ripar-

(1) L. 36 Dig. de vulgar. et pupill. subst.

tita in parti uguali a tutti coloro che erano a lui sostituiti. E se ma un solo fosse stato sostituito a tutti, egli gradatamente raccoglierà tutte le quote di quelli a misura che addiverranno vacanti. Così ad esempio Tizio lascia il suo patrimonio del valore di lire 12,000 per una metà a Caio, un terzo a Mevio, ed una sesta parte a Paolo e Sempronio. Dispone poi che se alcuno di essi non possa o non voglia accettare l'eredità, tutti gli altri sieno sostituiti nella porzione mancante. Suppongasi che Caio non voglia o non possa accettare la eredità, la sua porzione spetterà per due terze parti a Mevio, e l' altra terza parte a Paolo e Sempronio. Se poi nella sostituzione insieme ai primi nominati è chiamata una persona estranea, la porzione vacante appartiene in parti uguali a tutti i sostituiti.

§ 540.° I sostituiti sono nell'obbligo di adempiere i pesi imposti agli istituiti, quante volte non risulti che il disponente abbia inteso limitarli solamente a costoro. Nondimeno le condizioni che riguardassero specialmente la persona dell'erede o del legatario, non si presumono ripetute a riguardo del sostituito, se ciò non è stato espressamente dichiarato dal testatore (art. 897). Egli è quindi necessario distinguere i pesi dalle condizioni, poichè in materia di legati e di eredità si usano talvolta promiscuamente. I primi sono relativi alle afficienze reali od ipotecarie; le seconde sono obblighi personali dell' erede o legatario. Il sostituito ponendosi in luogo dell' istituito deve naturalmente esercitarne i diritti, e soddisfarne gli obblighi come se quegli, che non volle o non potè essere erede, non fosse stato nominato dal testatore; quindi è obbligato di pagare il canone che grava il fondo, il debito ereditario, la servitù a favore del coerede, ec. Al contrario le condizioni imposte all' erede non passano nel sostituito se non quando siesi ciò espressamente disposto, poichè richieste per considerazioni personali al primo chiamato, non si presume che il testatore le voglia riprodotte nel sostituito, e volendole, deve dichiararlo espressamente. Se quindi alcuno dicesse: *Lascio erede Tizio purchè pubblichi per le stampe le opere legali inedite di suo padre, ed ove non possa o non voglia gli sostituisco Caio*, non è costui obbligato di adempiere quella condizione di natura strettamente personale.

La sostituzione volgare cessa allorchè l'erede adisce l' eredità o il legatario accetta il legato. Se poi l'erede istituito muoia dopo del testatore senza avere manifestato se voleva accettare o ripudiare l'eredità, i suoi eredi sono preferiti al sostituito, poichè morto nel tempo in cui era in vita l'azione, la quale si è trasmessa agli eredi. Ma non può dirsi lo stesso del sostituito, poichè la sostituzione poggia sempre su la condizione se l'erede non voglia o non possa accettare. Epperò nel caso di sostituzione o di legato condizionale, così l'istituito come il sostituito morendo prima di verificarsi la condizione, niun diritto trasmettono ai loro eredi.

§ 2.

Delle sostituzioni fedecommissarie.

§ 541.° Il *fedecommesso* è quella istituzione mercè la quale l'erede istituito è gravato con qualsivoglia espressione di restituire l' eredità ad una terza persona dopo la sua morte.

Comunque le sostituzioni fedecommissarie sieno oggidì vietate dal codice civile e dall'art. 24 della legge transitoria, pure è utile farne speciale trattazione, sia per distinguere le sostituzioni fedecommissarie da quelle che non sono tali, sia per la necessaria erudizione dei tironi.

§ 542.° Volgea il settimo secolo di Roma, e propriamente fra la seconda e terza guerra punica, quando il lusso delle donne era a tal segno pervenuto da richiamare l' attenzione del legislatore. Epperò nell' anno 684° fu pubblicata la legge Voconia per impedire lo accumulo di ricchezze, ed all'uopo si vietò a quelle l'acquisto delle eredità maggiori di centomila sesterzii. A deludere le disposizioni di questa legge furono introdotti i fedecommessi, i quali per non essere obbligatorii, succedeva che la probità contrastava con la probità, poichè se il fiduciario adempiva alla consegna dell'eredità era un cattivo cittadino perchè violava la legge Voconia; se la riteneva era un cattivo uomo perchè tradiva la fede dell' amico che avea in lui fidato nel costituirlo depositario dei suoi voleri; quindi la storia riporta gli esempi di Sesto Peduceo, il quale rassegnò la eredità alla vedova del testatore, rispettando più la volontà del marito che quella della legge, e di Pubblio Rufo che la ritenne per se anteponendo l' utile al giusto.

Egli era necessario eliminare questa collisione di doveri, e fu tolta con rendere obbligatoria la istituzione dei fedecommessi. Infatti sotto Augusto incominciarono ad essere obbligatorii; sotto Claudio fu creato apposito Pretore, detto fedecommissario, incaricato di obbligar gli eredi fiduciari alla restituzione del fedecommesso; sotto Nerone l' erede fedecommissario venne considerato come investito di tutti i doveri e diritti di un vero erede; e finalmente sotto Vespasiano fu conceduta la quarta parte all'erede fiduciario, a simiglianza della quarta falcidia nei legati, che Giustiniano dispose di perdere ove ricusasse di adire la eredità, costringendolo nel tempo stesso ad accettare per rendere valido il fedecommesso; di qui può conchiudersi che il diritto al fedecommesso nacque sotto Augusto, crebbe sotto Claudio, si confermò sotto Nerone, e fu contrassegnato sotto Giustiniano.

In origine i fedecommessi erano intesi a deludere la legge Voconia, erano una specie di legati, tranne che doveansi fare in ***termini precativi***, e quindi venivano assoggettati alle stesse regole dei legati.

Il fedecommesso progressivo perpetuo come fu inteso posteriormente,

e come lo intendiamo oggidì non era riconosciuto. Senonchè alcuni non dubitano di trovare il primo esempio del fedecommesso graduale nella Novella 159 di Giustiniano, in cui segnasi il divieto di alienare i beni fino alla quarta generazione.

Checchenesia di ciò egli è certo che nel secolo XII dopo l' impero longobardico e franco i fedecommessi crebbero a dismisura. L' impero romano crollava a brani. La barbarie sepolta nelle balze nordiche si risvegliava, ed inondava le regioni ove il sole di civiltà avea sparso il suo benefico influsso, che audacemente cancellava, sostituendovi le tracce di un desolante barbarismo. Allora conquistatori che in Italia stavano da padroni, trattandola come cosa a mancipio soggetta, alterarono la idea del fedecommesso. I beni si vollero incatenare, come si asservì la intelligenza al più fiero dispotismo.

I fedecommessi furono la moda delle istituzioni così per atti tra vivi che per testamento. Il più vile abitatore del contado al pari del suo padrone volle fedecommettere la sua eredità per trasmettere il proprio nome insieme ai beni nelle future generazioni , e così contraddire all'azione del tempo che tutto cangia e distrugge.

Il fedecommesso si distingueva in *perpetuo, temporaneo, contravvenzionale, reciproco, graduale, agnatizio, familiare, primogeniale,* ec.

Il fedecommesso perpetuo conteneva una serie progressiva di fiduciari e fedecommissarii *in infinitum.* Il temporaneo terminava nel tempo assegnato dal testatore, come fino alla terza, alla quarta generazione, ec. Il contravvenzionale era quel fedecommesso in cui dal testatore venivano chiamati altri al godimento dei suoi beni, nel caso che si alienassero dagli eredi cui era diretto il divieto. Il reciproco era quello con cui il testatore ordinava che nella mancanza degli uni succedessero gli altri. Il graduale era quando il fedecommittente contemplava i gradi della sua discendenza, nel qual caso venivano a godere il fedecommesso tutti coloro che si trovavano nello stesso grado di congiunzione , esclusi coloro che per rappresentazione avrebbero potuto occupare il grado del proprio padre. L'agnatizio aveva luogo quando si contemplavano i soli maschi della propria discendenza, ad esclusione delle donne, essendo l'agnazione prerogativa dei maschi. Il familiare si aveva allorchè il fedecommittente vietava l'alienazione dei beni per conservarsi unicamente alla famiglia. Il primogeniale quando s'istituiva a favore dei figli maschi primogeniti della famiglia, passando in tal caso il fedecommesso da primogenito a primogenito.

§ 543.° In Francia le sostituzioni fedecommissarie furono abolite con la legge del 1792. In queste provincie meridionali, a simiglianza della Francia, le sostituzioni fedecommissarie di qualunque natura furono abolite con legge dei 15 marzo 1807. Senonchè giova ricordare ad onore dei nostri giureconsulti, che presso noi fin dal 1805 all'occasione del noto tremuoto di Sant'Anna furono i fedecommessi in parte aboliti, poichè con la prammatica del 4 agosto di quell' anno si ordinò che tutti i proprietari delle case che costituivano patrimonio di

fedecommessi potessero liberamente concederle in ipoteca , ed i mutuanti avrebbero avuto il diritto in caso di mancanza al pagamento di procedere alla vendita giudiziale..

§ 544.° Affine ai fedecommessi era la istituzione dei *maggiorati*, non essendo questi in sostanza che dei fedecommessi agnatizii , primogeniali , maschili. Presso i Romani nei quali erano molte le ricche e doviziose famiglie, la istituzione dei maggiorati non fu punto riconosciuta. In Italia si conobbero al tempo dei Franchi; nella Spagna un poco più tardi , perchè dalla legge 40 di Toro nel 1505 risulta che ebbero una specie di organizzazione.

I maggiorati sia pei difetti intrinseci , sia per la loro moltiplicità e diffusione, sono stati giustamente combattuti dai più distinti pubblicisti sì antichi che moderni, e tra questi ultimi dal nostro Filangieri: Quando in una nazione, egli dice, vi sono molti grandi proprietari e pochi piccoli, bisogna che vi sieno molti non proprietari; il che produce un ostacolo alla popolazione. L'agricoltura non si perfeziona, nè vi ha nazionale ricchezza, ove sono pochi felici circondati da immenso stuolo di miseri, essendo la comune agiatezza della maggior parte dei cittadini il vero barometro della prosperità di uno Stato, e l'unico veicolo della fecondità. Egli in seguito di queste idee esclamava: Come dunque moltiplicare il numero dei piccoli proprietari, come smembrare oggi queste grandi masse, alle quali il tempo ha fatto acquistare una consistenza che le rende più pesanti ai popoli che ne sono oppressi. Qual rimedio a questo male? Togliete prima di ogni altra cosa le primogeniture , togliete i fedecommessi. Sono quelle e questi le cause delle ricchezze esorbitanti di pochi, e della miseria della maggior parte. Sono le primogeniture che sacrificano molti cadetti al primogenito della famiglia , sono le sostituzioni che sacrificano molte famiglie ad una sola, le une e le altre diminuiscono all' infinito il numero dei proprietari nelle nazioni di Europa, e quelle e queste sono oggi la rovina della popolazione. Un padre che non può avere che un solo figlio che sia ricco, vorrebbe non averne che un solo. Egli vede negli altri tanti pesi per la sua famiglia. I sacri vincoli del sangue sono rotti dall'interesse. I fratelli privati da un altro fratello del commodo che godevano nella casa paterna, non veggono in lui che un usurpatore. Costretti a mutilarsi essi maledicono il momento che li vide nascere e la legge che li degrada. Tanti cadetti privi di proprietà e per conseguenza del diritto di ammogliarsi, obbligano altrettante fanciulle a rimaner celibi (1).

Tali idee indussero i legislatori ad abolire i fedecommessi ed i maggiorati. Nondimeno in queste nostre provincie si disse che a conciliare l' utile generale coi riguardi dovuti alla conservazione ed allo splendore delle nobili famiglie del regno, dovevasi cedere dal rigorismo della regola e stabilire una eccezione , anche perchè la nobiltà

(1) Scienza della legis. lib. 2, cap. IV.

è una creazione importante, perchè proteggitrice del trono, e salvaguardia del popolo contro gli abusi del potere; quindi i maggiorati furono tra noi ristabiliti con legge dei 21 dicembre 1809 e con l'altra dei 5 agosto 1818; di poi furono ammessi sopra basi più larghe con le leggi dei 17 ottobre 1822, 29 ottobre 1825, e riordinati col decreto dei 12 agosto 1832. In Francia furono ripristinati con l'atto del 30 marzo 1806.

§ 545.° Il codice civile, conformemente alle leggi napolitane del 1819, stabilisce che ogni disposizione con la quale l'erede instituito è in obbligo di *conservare* e *restituire* ad un terzo è sostituzione fedecommissaria. Tale sostituzione è vietata (art. 899). Quest' abolizione era reclamata dalla necessità di ridonare i fondi alla libera circolazione, e liberarli dal perpetuo usufrutto al quale erano sottoposti con danno dell'agricoltura e del commercio.

Ma siccome la soppressione delle sostituzioni fedecommissarie e dei maggiorati in futuro non era sufficiente, bisognando eziandio abolir quelli di già esistenti, si provvide a ciò con la legge transitoria del 30 novembre 1865 così espressa:

I fedecommessi, i maggiorati e le altre sostituzioni fedecommissarie ordinate secondo le leggi anteriori sono sciolti dall' attuazione del nuovo codice. La proprietà della metà dei beni è attribuita al possessore dal giorno 1° gennaio 1866, e la proprietà dell'altra metà è riservata al primo o ai primi chiamati nati o concepiti al detto giorno, salvo l'usufrutto al possessore. La divisione dei beni può essere promossa tanto dai possessori quanto dai primi chiamati. Nei maggiorati e fedecommessi dotati in tutto o in parte dallo Stato, la nuda proprietà della metà riservata al primo chiamato, se questo non esiste al 1° gennaio 1866, o di una quota proporzionale al concorso dello Stato nella dotazione, è devoluta al patrimonio dello Stato (art. 24).

All'adempimento degli obblighi e dei pesi inerenti al fedecommesso o maggiorasco sono tenuti i possessori anzidetti, e dopo la loro morte per una metà i loro eredi e per l'altra metà i primi chiamati, compreso lo Stato nel caso espresso nell'ultimo capoverso dell'articolo precedente.

A garentia degli accennati obblighi spetta un' ipoteca su' beni immobili del fedecommesso o maggiorasco, da iscriversi entro sei mesi dal giorno dell'attuazione del nuovo codice; ove l'ipoteca non sia iscritta nei sei mesi, non ha effetto e non prende grado che dalla iscrizione. La medesima può anche essere iscritta su la rendita del debito pubblico che costituisce in tutto od in parte la dote del fedecommesso o maggiorasco (art. 25).

§ 546.° Per aversi la sostituzione fedecommissaria vietata dalla legge occorrono tre condizioni: 1° che il testamento contenga due o più disposizioni dei medesimi beni in proprietà a vantaggio di due o più persone chiamate a raccoglierli successivamente, cioè l'una dopo l'altra; 2° che il disponente imponga al primo chiamato l'obbligo di con-

servare e restituire; 3° che vi sia un ordine successivo, cioè che il primo chiamato sia tenuto di conservare durante la sua vita i beni legatigli per restituirli al tempo della sua morte al sostituito; quindi vi sarebbe il fedecommesso nel senso della legge se si dicesse: *Istituisco Tizio erede de' miei beni con l'obbligo di restituirli a Caio dopo la sua morte*. Al contrario non vi sarebbe sostituzione vietata se si trattasse di istituzione fatta a più persone congiuntamente, o espressa in modo che i beni in mancanza dell'una si consegnassero all'altra. Del pari non è sostituzione fedecommissaria la disposizione fatta sotto condizione sospensiva e che non debba raccogliersi dal sostituito, se non mancando la condizione. Non è altresì sostituzione fedecommissaria la nomina di un erede fiduciario con l'obbligo di amministrare l'eredità per restituirla ai chiamati, anche quando un lieve vantaggio provvenisse al fiduciario.

Al modo stesso non costituisce sostituzione fedecommissaria, se alcuno fosse obbligato di restituire i beni in un tempo determinato o dopo qualche anno di godimento, trattandosi qui di semplice istituzione a termine, ed il chiamato ha acquistato il diritto al godimento de' beni dal dì della morte del testatore; quindi mancando l'obbligo della conservazione dei beni per tutta la vita del gravato, non vi può essere sostituzione vietata.

Del pari se si dicesse: *Prego Caio di restituire a Tizio tutto ciò che raccoglierà dalla mia eredità*, ovvero: *Istituisco erede Mevio a condizione di restituire la eredità a Sempronio*, tali istituzioni non offrono sostituzioni vietate perchè manca l'obbligo di conservare che è caratteristico del fedecommesso.

Non esiste sostituzione fedecommessaria se siesi lasciato ad uno l'usufrutto e ad un altro la proprietà, poichè essa in effetto contiene due disposizioni ugualmente dirette, di cui una ha per oggetto l'usufrutto e l'altra la proprietà. Nondimeno è necessario che si facciano due disposizioni distinte; quindi sarebbe valida la disposizione se si dicesse: *Lascio l'usufrutto dei miei beni a mia moglie; la proprietà dei beni medesimi ai miei nipoti Tizio e Mevio*.

Non esiste sostituzione fedecommissaria quando il testatore abbia proibito all'erede di alienare i beni a titolo gratuito per atto tra vivi, sia perchè nullo un tal patto; sia perchè resta all'erede il diritto di disporre a titolo oneroso e per testamento.

Per vedere se esista o no il fedecommesso vietato, non bisogna attendere alle parole adoperate dal testatore, ed alla giacitura delle stesse, ma all'ordine delle chiamate, poichè la sostituzione *est institutio haeredis secundi, tertii et coeterorum in locum primi deficientis*.

§ 547.° Dal principio *utile per inutile non vitiatur* deriva che la nullità delle sostituzioni fedecommissarie non reca pregiudizio alla validità dell'istituzione di erede o del legato a cui è aggiunta; ma sono prive di effetto tutte le sostituzioni anche di primo grado (art. 900);

quindi il gravato ritiene i beni in usufrutto e proprietà senz'obbligo di restituirli al chiamato, malgrado la sostituzione fatta dal testatore.

§ 548.° La disposizione con la quale è lasciato l'usufrutto o altra annualità a più persone successivamente, ha soltanto effetto in favore dei primi chiamati a goderne alla morte del testatore (art. 901). Giusta il senso logico e letterale di questa disposizione pare che la legge voglia evitare l'usufrutto successivo a favore di più persone, tuttochè viventi al tempo della morte del testatore, ond'eliminare il distacco per moltissimi anni dell'usufrutto dalla proprietà, ed evitare i danni che sono la conseguenza naturale di una tale separazione, cioè l' impedimento al miglioramento delle proprietà ed alla libera circolazione delle stesse; quindi se si dicesse: *Lego l'usufrutto del mio appartamento a Tizio, Caio, Mevio e Sempronio*, la istituzione sarebbe valida, e si vedrebbe fatta in perfetta uniformità della parola e dello spirito della legge. Al contrario se si dicesse: Lego il mio giardino a Tizio e Mevio e dopo la loro morte a Caio; e dopo la morte di costui a Sempronio, e dopo morto costui a Carlo, l' usufrutto compete ai soli primi chiamati. Egli è vero che concedendo a cinque persone viventi l'usufrutto durerà quanto dura la esistenza dall'ultimo a morire; ma avrassi un continuo passaggio della cosa dall'una all'altra, non diversamente che avveniva delle sostituzioni fedecommissarie quando erano i sostituiti scelti tra le persone viventi. Nè vale il dire che il testatore potrebbe chiamarle tutte e cinque le persone supposte nel precedente esempio a godere congiuntamente della stessa cosa legata, poichè in tal caso ove non ha luogo il diritto di accrescere, una parte dell'usufrutto si consolida con la proprietà giusta l'art. 885, e si evitano al più presto i danni provvenienti dal distacco del godimento dal dominio per un maggior numero di anni.

Egli è vero che non manca sul riguardo qualche opinione contraria di scrittore distinto (1) e qualche decisione dell'autorità giudiziaria; ma noi non abbiamo creduto di seguirle, perchè contrarie alla parola ed allo spirito della legge.

§ 549.° Malgrado il divieto delle sostituzioni fedecommissarie, non è proibito di stabilire annualità da convertirsi in perpetuo o a tempo, in soccorsi all'indigenza, in premio alla virtù o al merito, od in altri oggetti di pubblica utilità, quantunque nella disposizione sieno chiamate persone di una data qualità o di determinate famiglie (art. 902). Le annualità di cui parla la disposizione possono stabilirsi con rendita sul gran libro o con proventi di fondi rustici od urbani, ma non potrebbero giammai consistere nello immobilizzare beni fondi per uno degli scopi indicati, rendendoli all'uopo inalienabili. Il codice albertino aggiungeva che l'annualità poteva anche destinarsi per oggetti di culto; ma quantunque il nuovo articolo non lo dichiari, pure la giureprudenza ha supplito il silenzio del legislatore, malgrado la legge di soppres-

(1) Pacifici-Mazzoni.

sione degli enti ecclesiastici, che abolisce ogni istituzione perpetua per fine di culto, ed ha ritenuto e ritiene valido il legato col quale si lascia una rendita per uso di celebrazione di messe.

SEZIONE VII.

...ENTARI.

...L'uomo registra la sua ultima volontà nel testamento, e vuole che sia eseguita. Se teme che per incuria o malvolere coloro che devono eseguirla, non se ne danno pensiero, può confidare ad una o più persone l'esecuzione delle sue disposizioni.

Appo i Romani la istituzione dell'esecutore testamentario era raffigurata sotto quella di *ministro* (1), ma la moderna istituzione fu organizzata dal codice civile francese, e da questo è passata nella legislazione vigente.

L'ufficio dell'esecutore testamentario non è pubblico, ma privato. È una specie di mandato, poichè non finisce, ma comincia con la morte del mandante. Sebbene d'ordinario sia gratuito, non è vietato qualche compenso, come spesso avviene per mezzo di qualche legato che si lascia all'esecutore testamentario. Partecipando della natura del mandato, può l'esecutore rinunciare alla nomina, ma se alla stessa sia annesso un legato, lo perde col fatto stesso della rinuncia. Se poi ha accettato il legato, non può rinunciare alla funzione di esecutore, ed è responsabile come ogni altro mandatario nel caso che trascuri l'adempimento dell'incarico affidatagli.

Quest'incarico non può essere dato che mediante atti rivestiti di forme testamentarie, ed è indifferente che si conferisca nello stesso testamento col quale sonosi ripartiti i beni, ovvero con un testamento posteriore, tuttochè diretto a compiere gli anteriori o provvedere in esso alla sola nomina dell'esecutore testamentario.

§ 551.° Il testatore può nominare uno o più esecutori testamentari (art. 903). Può sceglierli tra gli eredi legittimi, tra legatari, tra testimonie tra estranei, purchè non sieno dichiarati incapaci dalla legge.

Sono quindi incapaci di essere nominati esecutori testamentari tutti coloro che non possono contrarre obbligazioni, come i minori e gl'interdetti; nè deve distinguersi se i primi sieno o no emancipati, e se sieno gli emancipati autorizzati dal padre, poichè siffatta autorizzazione non vale a supplire la mancanza di esperienza negli affari che la legge presume in essi. Per la stessa ragione gl'inabilitati non possono assumere il carico di esecutori testamentari (art. 904, 905 e 1000).

Secondo le leggi napolitane del 1819 la donna poteva assumere l'incarico di esecutrice testamentaria col consenso del marito (artic.

(1) L. 18 Dig. de alim. legat. e 28 Cod. de episcop.

983). Sebbene il nuovo diritto serbi silenzio quanto alla capacità della donna, è da ritenersi l'affermativa ove sia dal marito autorizzata, sia perchè la donna non è tra coloro che non possono contrarre obbligazioni, sia perchè la stessa può divenire mandataria con la detta autorizzazione (art. 1743).

§ 552.° Per facilitare all'esecutore testamentario l'adempimento dei suoi doveri, il testatore può concedergli l'immediato possesso di tutti o di una parte soltanto dei suoi beni mobili; ma tale possesso non può oltrepassare un anno computabile dal giorno della sua morte (art. 906). Era temibile che gli eredi e i legatari universali per non soddisfare i legati, che per l'ordinario si lasciano su'mobili, li venissero a distrarre in qualsivoglia modo. Or a prevenire questi rei disegni la legge permette al testatore di conferire all'esecutore testamentario prescelto il detto possesso. In tal caso si fa eccezione alla regola che il possesso passa di dritto agli eredi o legatari universali, e solo di fatto si concede all'esecutore testamentario. Del resto la voce possesso è adoperata nel senso improprio, poichè all'esecutore testamentario non competono frutti su le cose che riceve a titolo di possesso. Si è questo limitato ad un solo anno, per essersi ritenuto sufficiente ad eseguire la volontà del testatore. Nel caso in cui fosse contrastato il possesso, è facile il comprendere che l'anno incomincia a decorrere dal giorno in cui l'esecutore testamentario ha ricevuto di fatto il possesso dei mobili.

Se l'anno è spirato l'esecutore testamentario non può più ritenere il possesso, anche quando il testamento non fosse stato eseguito; ma conserva le sue attribuzioni per farlo eseguire secondo la volontà del testatore.

Se il testatore avesse conceduto il possesso oltre l'anno, si limiterebbe al solo periodo di tempo riconosciuto dalla legge, e non oltre, poichè diversamente si verrebbe a limitare il possesso giuridico che la legge accorda agli eredi o legatari universali.

Al contrario il possesso degl'immobili non può essere accordato, e se il testatore lo avesse conceduto all'esecutore testamentario, non avrebbe la concessione alcuno effetto, e gli eredi possono sempre domandarne la restituzione, quando anche avessero tollerato per qualche tempo il possesso presso l'esecutore testamentario.

Secondo il diritto romano il testatore poteva accordare il possesso di tutti i suoi beni mobili ed immobili al ministro o suo esecutore testamentario, eccetto quelli che costituivano la quota legittima. E se eransi istituiti eredi individui poveri, potevano gli esecutori testamentari, secondo la opinione ricevuta dai prammatici, intentare il rimedio della legge fin. Cod. de edict. div. Adrian. La esecuzione del testamento doveva compiersi fra un anno, altrimenti si devolveva al vescovo (1).

Non devesi omettere di notare che presso i Romani gli esecutori

(1) L. 28 Cod. de episc. et cler.

testamentari erano quasi inutili, sul riflesso che se gli eredi non eseguivano il testamento in tutte le sue parti erano colpiti d'indegnità, e dopo scorso l'anno senza avervi data esecuzione, la successione si devolveva al grado susseguente.

Malgrado il possesso come sopra conferito all' esecutore testamentario, gli eredi possono impedirlo ovvero farlo cessare prima dell'anno, offrendosi pronti a consegnare allo stesso una quantità di danaro bastevole al pagamento dei legati di beni mobili, giustificando di averli soddisfatti, o pure assicurandone il pagamento nei modi e tempi voluti dal testatore. Se lo scopo del possesso annale era quello di assicurare a preferenza il pagamento dei legati, esso viene raggiunto con alcuno dei tre espedienti enunciati.

§ 553.° L'esecutore testamentario che ha accettato l'incarico deve adempiere ai seguenti obblighi:

In primo luogo deve fare apporre i sigilli, quando fra gli eredi vi sieno minori, interdetti o assenti, od un corpo morale, il quale per legge viene assimilato ai minori pel bisogno che ha di essere come questi rappresentato (art. 908).

In secondo luogo dee procedere alla formazione dell'inventario dei beni dell'eredità in presenza dell' erede presuntivo, o dopo di averlo legalmente citato ; eccetto se il testatore ne lo avesse espressamente dispensato: nel qual caso non sarebbe impedito agli eredi di farlo eseguire a di loro istanza.

In terzo luogo deve fare istanza per la vendita dei mobili se non vi sia danaro bastante per soddisfare i legati (art. 908). Se poi gli eredi sono tutti maggiori la vendita può farsi di accordo senza bisogno dell'autorizzazione del tribunale. Se il danaro ritratto dalla vendita dei mobili non è sufficiente per lo pagamento dei legati, può l'esecutore testamentario fare istanza per la vendita dei beni stabili.

In quarto luogo deve vigilare per la esecuzione del testamento, ed in caso di controversia può intervenire in giudizio per sostenerne la validità (art. 908). Se il testatore ha ordinato la formazione di un ricovero per le donzelle povere, la erezione di un mausoleo, la fondazione di una biblioteca, ec., l'esecutore può agire contro l'erede per obbligarlo ad uniformarsi alla volontà del testatore o farsi autorizzare, secondo i casi a farlo eseguire a spese ed in danno dell'erede.

In quinto luogo, se all'esecutore testamentario fu accordato il possesso dei beni, deve amministrarli e costringere i debitori degli effetti mobili a rilasciarli o pagarne l'ammontare. Non rappresentando l'esecutore testamentario gli eredi, le sentenze pronunciate contro di lui, non possono essere opposte a quelli, ove non sieno intervenuti nel giudizio.

Il conto deve rendersi agli eredi o ai legatari universali, od anche al curatore dell' eredità giacente, se trovasi nominato, e può farsi sia giudizialmente sia stragiudizialmente; ma se vi sono minori dev'essere l'atto che lo contiene omologato dal tribunale. Il testatore non può

dispensare l'esecutore testamentario di rendere il conto, essendo questo un obbligo sacro per tutti gli amministratori della cosa altrui, e la dispensa che all'uopo si facesse potrebbe divenire occasione e stimolo d'infedeltà da parte dell'esecutore testamentario. In ciò sono di accordo le leggi romane, le quali consentivano soltanto di potersi dispensare alcuno dal conto di un'amministrazione terminata, poichè in tal caso avviene un legato per remissione di debito (1).

Del resto non mancano scrittori i quali avvisano che il testatore possa dispensare l'esecutore testamentario dalla reddizione del conto.

Se il testatore abbia diviso le funzioni fra gli esecutori, ciascuno deve esercitar quelle che gli sono state attribuite, senzachè in sua mancanza possano esercitarle gli altri. Ciascuno quindi deve rispondere del fatto suo nei limiti delle sue attribuzioni, ove però siesi a questo ristretto, che altrimenti sarà tenuto in solido con gli altri, tanto per le attribuzioni indebitamente esercitate, quanto per il rendimento di conto dei mobili (art. 910). La regola non era diversa nel diritto romano: *Duobus quis mandavit negotiorum administrationem, quaesitum est an unusquisque mandati iudicio in solidum teneatur? Respondit unumquemque pro solido conveniri debere* (2). È questa una garentia che la legge accorda agli eredi, i quali non essendo concorsi alla scelta degli esecutori testamentari, sono esposti a tutte le conseguenze della loro amministrazione; quindi gli eredi possono rivolgersi contro quell'esecutore che più gli sembra solvibile per essere ristorati dei danni loro cagionati dall'infedele amministratore; salvo agli altri il regresso contro costui. Se poi il testatore non abbia diviso le funzioni fra quelli che le hanno accettate, un solo può agire in mancanza degli altri, cioè senza il concorso e non ostante la opposizione degli altri, presumendosi che il testatore abbia voluto conferire le attribuzioni agli esecutori indivisibilmente per evitare ritardi e difficoltà nell'esecuzione del suo testamento. Questa regola soffre eccezione nel caso in cui il testatore medesimo abbia ordinato che gli esecutori agiscano collettivamente. In quest' ultimo caso la rinuncia di uno degli esecutori testamentari, impedirà agli altri di esercitare le loro funzioni.

L'esecutore testamentario è risponsabile tanto per il dolo quanto per la colpa, ed ove avesse ricevuto un legato per adempiere al suo ufficio, la responsabilità sarà più rigorosamente applicata (arg. art. 1746).

§ 554.° Le funzioni dell'esecutore testamentario cessano: 1° con la esecuzione completa del testamento; 2° con la rimozione provocata dagli eredi; 3° con la sua morte; 4° per la sua interdizione od inabilitazione.

In caso di morte dell'esecutore testamentario le sue facoltà non passano ai suoi eredi (art. 909), trattandosi di un incarico tutto fiduciale nel quale è presa in considerazione la persona esclusiva dell'esecutore testamentario nominato. Epperò se il testatore volesse che in

(1) L. 28 Dig. de liberat. legat.
(2) L. 60 Dig. mand. vel contra.

caso di morte gli eredi continuino le funzioni, dovrebbe espressamente dichiararlo nel testamento. Per altro se l'ufficio non passa agli eredi, passa l'obbligo di continuare il mandato, finchè gli eredi non sieno al caso di provvedere da loro all'amministrazione dei mobili già dati all'esecutore (arg. art. 1763), e passano gli obblighi del rendiconto e i diritti di percepire il legato per retribuirlo dell'incarico affidatogli.

Ove le funzioni dell'esecutore testamentario sieno cessate, non può nominarsi altra persona in sua vece, tuttochè la esecuzione del testamento non sia cominciata o non sia del tutto eseguita, restando così la prima esecuzione come la continuazione della stessa agli eredi o ai legatari universali.

§ 555.° Le spese fatte dall'esecutore testamentario per l'inventario e pel rendimento di conti, non che le altre indispensabili per l'esercizio delle sue funzioni sono a carico dell'eredità (art. 911). Trattandosi di un ufficio gratuito è giusto che le spese anzidette vadano a carico dell'eredità; e ciò anche quando l'esecutore abbia ricevuto un legato, poichè questo è dato per compensarlo del fastidio che riceve, non già per le spese che fa. Tra dette spese si comprendono quelle pei viaggi a cui l'esecutore ha dovuto necessariamente soggettarsi, e sono escluse le superflue od inutili. Il conto si può dare all'amichevole o giudiziariamente; ma nel primo caso se vi sono minori deve essere approvato dal tribunale.

SEZIONE VIII.

DEL DEPOSITO DEI TESTAMENTI OLOGRAFI E DELL'APERTURA E PUBBLICAZIONE DEI TESTAMENTI SEGRETI.

§ 556.° Il testamento olografo dev'essere depositato presso un notaio del luogo dove si è aperta la successione alla presenza del pretore del mandamento e di due testimoni. La carta in cui si contiene il testamento dev'essere vidimata in calce di ciascun mezzo foglio da due testimoni, dal pretore e dal notaio. Deve stendersi nella forma degli atti pubblici processo verbale del deposito, nel quale il notaio dee descrivere lo stato del testamento, trascrivendone esattamente il tenore, e dee inoltre far menzione dell'apertura del testamento se fu presentato sigillato, e dalla vidimazione fattane da lui, dal pretore e dai testimoni. Il processo verbale deve essere sottoscritto dal richiedente, dai testimoni, dal pretore e dal notaio, e dev'essere al medesimo unita la carta che contiene il testamento, l'estratto dell'atto di morte del testatore o il provvedimento del tribunale in conformità dell'articolo 26 (art. 912).

Nel caso che il testamento fosse stato dal testatore depositato presso un notaio, codeste formalità devono eseguirsi presso il notaio depositario (art. 913).

§ 557.° Il detto deposito può aver luogo su la istanza di chiunque creda avervi interesse, sia l'erede, il legatario universale, ovvero i creditori od aventi causa, sia un legatario, sia ogni altro interessato (det. art. 912).

§ 558.° Adempiute le formalità di sopra enunciate, il testamento olografo avrà la sua esecuzione; salvi i provvedimenti conservativi che l'autorità giudiziaria davanti la quale fosse impugnato il testamento e il pretore nell'atto del deposito in caso di urgenza, credesse di dare a cautela degl'interessati (art. 914). La legge non indicando specificatamente le misure provvisionali e conservative da prendersi, ne rimette la scelta al prudente arbitrio del giudice. Se quindi il tribunale trova più testamenti che investono persona diversa dell'eredità, e si impugna la veracità di uno o di entrambi, può nominare un sequestratario giudiziario ai beni. Se il pretore avvertisse che il testamento olografo manca delle sue condizioni di validità per essere mancante di data, o scritto di diverso carattere, può dare ordini per la vendita degli oggetti soggetti a deperimento, nominare egli stesso persona che conservi le cose ereditarie, e rinviare le parti al tribunale per i provvedimenti di risulta.

§ 559.° Il testamento ricevuto in forma segreta, su l'istanza di chiunque creda avervi interesse, sarà dal notaio aperto e pubblicato in presenza del pretore del mandamento di sua residenza e di due almeno dei testimoni intervenuti all'atto di consegna. Qualora questi non si trovassero, saranno chiamati due altri testimoni per riconoscere lo stato della scheda testamentaria, e se è possibile, le sottoscrizioni.

La carta che contiene il testamento sarà vidimata in calce di ogni mezzo foglio da due testimoni, dal pretore e dal notaio che la conserverà insieme con l'atto di consegna. Dell'apertura e della pubblicazione si stenderà processo verbale nella forma degli atti pubblici, nel quale il notaio descriverà lo stato del testamento, e farà menzione della vidimazione fattane da lui, dal pretore e dai testimoni. Il processo verbale sarà sottoscritto dal richiedente, dai testimoni, dal pretore e dal notaio, e sarà al medesimo unito l'estratto o il provvedimento accennato nell'ultimo capoverso dell'art. 912 (art. 915).

SEZIONE IX.

DELLA RIVOCAZIONE DEI TESTAMENTI.

§ 560.° Se il testamento è atto di sua indole rivocabile, poichè la volontà dell'uomo è mutabile fino alla morte, è giusto che la legge determini i modi e la forma dell'atto onde la rivocazione possa aver luogo.

Nel fine di assicurare la libertà di rivocare il testamento già fatto, la legge espressamente nega efficacia a quella dichiarazione diretta a

rinunziare alla libertà di rivocare o cangiare le disposizioni fatte per testamento, tuttochè questo sii valido ed inattaccabile quanto alla forma esteriore (art. 916). La stessa regola riconosceva il diritto romano: *Nemo potest sibi testamento eam legem dicere ut a priore recedere non liceat* (1).

Per usare della facoltà di rivocare il testamento è necessario che il testatore abbia la capacità di manifestare con effetto la sua volontà, altrimenti se fosse interdetto per infermità di mente,ovvero inabilitato, non potrebbe cangiare le disposizioni testamentarie, e quelle già fatte avrebbero piena efficacia, ove egli si fosse trovato al tempo della formazione del testamento nella pienezza delle sue facoltà intellettuali.

§ 561.° La rivocazione del testamento può essere *totale* o *parziale*, secondochè in tutto ovvero in parte si muta il testamento già fatto (art. 917). Essa può farsi puramente e semplicemente ed anche sotto condizione, poichè la facoltà di rivocare il testamento non è meno estesa di quella di farlo.

§ 562.° I testamenti possono essere rivocati in modo *espresso* o *tacito*.

La rivocazione espressa può avvenire in due modi: 1° con testamento posteriore: *Posteriore testàmento quod iure perfectum est, superius rumpitur*, o con atto dinanzi al notaio.

Nel primo caso è indifferente la forma del testamento, sia olografo, sia pubblico o mistico, ordinario e speciale. Ed anche quando il testamento posteriore abbia il solo scopo di rivocare i precedenti senza nulla disporre a favore di altre persone, non è meno valida ed efficace la rivocazione.

Nel secondo caso la rivocazione dee farsi con atto ricevuto da un notaio in presenza di quattro testimoni, nel quale il testatore dichiari personalmente di rivocare o in tutto o in parte la disposizione anteriore (art. 917); quindi l'atto non si può compiere col ministero di un procuratore, nè è necessaria la forma dell'atto testamentario. Del pari non è necessario che l'atto sia speciale, potendo farsi la rivocazione in un atto di donazione tra vivi a favore di altre persone. Anzi in tal caso se si donano le cose già lasciate ad altri per testamento, si ha la doppia rivoca, cioè l'espressa con la dichiarazione di volontà e la tacita con la distrazione delle cose già disposte in pro di altri (2).

§ 563.° Le disposizioni rivocate con testamento o con atto notarile non si possono far rivocare, se non con un nuovo testamento (art. 919); quindi non è sufficiente che il testatore con altro testamento dichiari di ritrattare la rivocazione, ma è necessario che rifaccia da capo il testamento, poichè occorre una dichiarazione di volontà esplicita per ritenersi priva di effetto la ritrattazione già fatta del testamento anteriore.

§ 564.° I testamenti possono rivocarsi tacitamente in diverso modo.

(1) L. 22, Dig. XXXII.

(2) Vedi in questo senso Merlin, rap. v. testament, sect. II. § 3, art. 3, Troplong, n. 2050; Marcadè, art. 1035; Aubry e Rau, VI; Demolombe, XXII, 147.

In primo luogo allorchè il testatore muore con più testamenti, dei quali l'ultimo, senza rivocare in modo espresso i precedenti, contenga disposizioni contrarie a quelle espresse nei medesimi o incompatibili con esse: in tali casi si hanno per rivocate le sole disposizioni precedenti che si trovano contrarie alle nuove, o incompatibili con le stesse (art. 919). Secondo i Romani non era permessa la esistenza simultanea di due testamenti; eccetto che pei militari. Oggi è abrogata una tale regola; ma i precedenti testamenti sono rivocati dai nuovi in tutto ciò che offrono di contrario o d'incompatibile coi primi. S'intendono per disposizioni *contrarie* quelle opposte al precedente testamento per rispetto alla persona dell'erede istituito, ovvero alla cosa che forma la materia della disposizione, come se si dicesse nel primo testamento: Istituisco Tizio erede dei miei beni, e nel secondo Istituisco Caio erede dei miei beni. Diconsi incompatibili se la cosa già lasciata ad un individuo, si lasci ad un altro, non potendo darsi la stessa cosa a più persone, se non congiuntamente con lo stesso atto.

Al contrario se il testatore con un testamento anteriore abbia istituito un legatario universale, e con un testamento posteriore leghi una parte delle cose già in quel modo disposte, il primo testamento non rimane rivocato che per la sola parte disposta col secondo testamento. Ma se il primo legato universale fosse cambiato con altro legato universale delle stesse cose disposte in favore del primo, sarebbe indubitabile la rivocazione del primo legato per manifesta incompatibilità.

Quanto al modo di giudicare le quistioni se sia o no il caso della disputata rivocazione, nel dubbio si giudica contro la stessa, e per la piena efficacia dei due atti.

Nel caso di due testamenti di pari data e con disposizioni del tutto contrarie, si dee decidere per la nullità di entrambi e l'apertura della successione *ab intestato*, non potendosi determinare la priorità dell'uno rispetto all'altro.

§ 565.° In secondo luogo si rivoca tacitamente il testamento quando il testatore ha fatto testamento segreto, ovvero olografo, e dopo averlo depositato presso il notaio, lo ritiri.

Per operarsi tale rivocazione per cura del notaio deve stendersi processo verbale della restituzione in presenza del testatore e di due testimoni con l'intervento del pretore del mandamento, il quale deve particolarmente accertarsi dell'identità della persona del testatore. Il processo verbale di restituzione sarà sottoscritto dal testatore, dai testimoni, dal pretore e dal notaio, e se il testatore non sa scrivere, ne farà menzione. Qualora il testamento fosse depositato in un pubblico archivio, il verbale sarà steso dall'uffiziale archivista con l'intervento del pretore del mandamento, e sottoscritto dal testatore, dai testimoni, dal pretore e dall'uffiziale medesimo. Il processo verbale menzionato nelle precedenti disposizioni sarà conservato nelle forme stabilite dai regolamenti, e si prenderà nota dell'eseguita restituzione del testamento in margine o in calce dell'atto di consegna o di deposito (art. 922).

Da ultimo il testamento olografo può essere rivocato, sia lacerandolo, sia cancellandolo, sia bruciandolo, e se più originali si fossero fatti bisognerebbe lacerarli o cancellarli tutti; altrimenti l'unico rimasto produrrebbe il suo effetto, non essendosi più certo che il testatore voleva che la sua successione si aprisse *ab intestato*, quando ha rimasto intatto un solo dei testamenti.

§ 566.° Se la rivocazione espressa o tacita sia avvenuta per mezzo del testamento, essa ha pieno effetto, quantunque il nuovo testamento resti senza esecuzione, sia perchè l'erede istituito sia premorto al testatore, sia perchè incapace, o perchè abbia rinunziato all'eredità (art. 921). Lo stesso avviene se la disposizione testamentaria divenga caduca per mancanza della condizione sospensiva, o si risolva per avveramento della condizione risolutiva, rimanendo nell'uno e nell' altro caso accertata la volontà del testatore di mutare la disposizione già fatta precedentemente.

Al contrario la rivocazione non ha punto lungo se il testamento che rivoca un altro anteriore sia nullo per causa di violenza o di dolo; come pure non ha effetto se il testamento posteriore sia nullo per difetto di forma (arg. art. 918). In quest' ultimo caso la clausola rivocatoria, che per avventura esiste nel testamento nullo, non produce alcuno effetto, per la nota regola *quod nullum est nullum producit effectum*; quindi i testamenti anteriori hanno piena efficacia, e non si apre la successione *ab intestato*. Questo punto era molto controvertito sotto l'impero delle leggi napolitane del 1819, ma la giureprudenza ha sempre inclinato per la piena nullità del testamento rivocatore e della clausola revocatoria, negandogli anche lo effetto di semplice atto notarile valevole a rivocare i testamenti anteriori. Oggi è cessata ogni disputa per effetto dell' art. 918, e la giureprudenza ha inoltre deciso che la nullità della clausola racchiusa nel testamento nullo per vizio di forma ha sempre luogo, sia che la revoca si riferisca in genere a più testamenti precedenti, sia che si riferisca ad un testamento determinato (1).

(1) Corte di Cass. di Napoli 2 giugno 1866.

FINE DEL SECONDO VOLUME.

INDICE DEL SECONDO VOLUME

Fine dell' indice del secondo volume.